This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

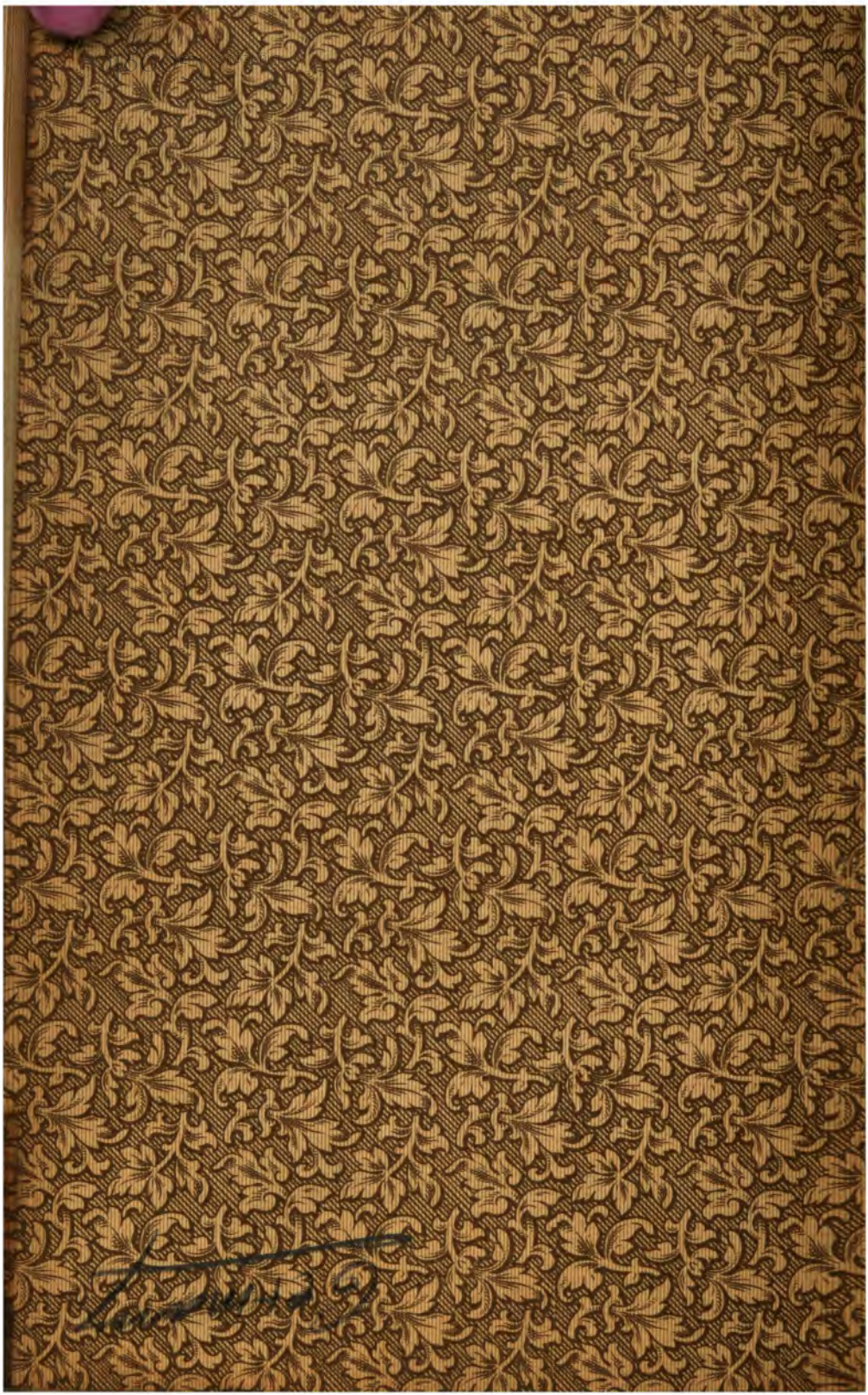
3 2044 103 198 131

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Oct. 16, 1900.

Digitized by Google



Digitized by Google

Rechtslehre und Rechtsprechung.

Ein Vortrag

gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Wien
am 7. Dezember 1898

von

Adolf Friedrich Stölzel.

(Nach stenographischer Niederschrift bearbeitet.)

Berlin, 1899.
Verlag von Franz Vahlen.
W., Mohrenstraße 13/14.

Digitized by Google

Rec. Oct. 16, 1900.

Digitized by Google

Innerhalb der letzten Jahre wurde ich mehrfach seitens des Vorstandes Ihrer Juristischen Gesellschaft mit der Aufforderung beehrt, an dieser Stelle zu reden. Die jetzt wiederholte Aufforderung glaubte ich nicht abermals verneinend beantworten zu sollen. Mit dem Quadrate der Entfernung von Berlin trat mir aber, bei der langen Reise, die ich hierher zu machen hatte, der Gedanke immer mehr vor die Seele, es sei doch eigenthümlich, über hundert Meilen zu fahren, um einen Vortrag zu halten; wer dies unternehme, müsse doch des Glaubens sein, etwas ganz Besonderes bieten zu können. Diesen Gedanken bitte ich dringend, von vornherein auszuschließen und zu unterstellen, es wäre einer aus Ihrer Mitte, der zu Ihnen spricht über das, was ihn seine Erfahrung gelehrt hat. Dabei nehme ich nur den einen, allerdings zweifelhaften Vorzug in Anspruch, daß diese Erfahrung eine recht lange und darum recht reiche ist, zumal ich wohl sagen kann, daß ich nahezu fünfzig Jahre mich ziemlich intensiv mit der mir lieb gewordenen Rechtswissenschaft beschäftigt habe.

Als im Anfange dieses Jahrhunderts Goethe Kenntniß erhielt von dem Streite, der sich entsponnen hatte, wer von den damaligen beiden Koryphäen unter den deutschen Dichtern der größere sei, er oder Schiller, soll er in seiner drastischen Weise gesagt haben: „Die Leute müßten doch zufrieden sein, daß sie so zwei Kerle haben, wie uns beide." Dieser Ausspruch kommt mir immer in den Sinn, wenn ich vernehme, wie lebhafte Anhänger der Theorie nichts wissen wollen von der Praxis und umgekehrt, wie viele in der Praxis stehende Juristen die Theorie mit mitleidigem Achselzucken betrachten. Beides ist mir von jeher unbegreiflich gewesen. Ich sehe Theorie und Praxis als zwei gleichwerthige Schwestern an, die am besten thun, Arm in Arm durch das Leben zu wandeln und sich gegenseitig zu unterstützen. Nur dann kann etwas Gedeihliches zustande kommen.

Nun besitzen Sie ja gerade hier in Ihrer Kaiserstadt an einflußreichsten Stellen Männer, die gleich hervorragen in der juristischen

Digitized by Google

Wissenschaft wie in der juristischen Praxis, auch ist gerade aus dem Schooße dieser Ihrer Gesellschaft vor Jahren das gewichtige Wort gefallen, die praktische Jurisprudenz müsse mehr, als bis dahin geschehen, in die Universität gehoben werden. Mein Gedanke, daß Theorie und Praxis gleichberechtigt neben einander stehen, kann deshalb bei Ihnen, so hoffe ich, vollen Beifall finden. Es genügt mir auch nicht, daß ein Tropfen praktischen Oels in die Lehren der Theorie hinüberfließt, oder daß ein Tropfen theoretischen Oels in der Praxis gefunden wird. Nein, ich verlange weit mehr. Wie die Theorie in vieler Beziehung der Praxis die Wege weisen soll, ebenso soll die Theorie an der Hand der Praxis das Material suchen und finden, um wissenschaftliche Probleme zu lösen. Das praktische Leben ist ein vorzüglicher Lehrmeister, wenn nicht der vorzüglichste. Aus dem praktischen Leben heraus die Rechtskörper hervorwachsen zu lassen, sie in ihrem Wachsthum und in dessen innerer Nothwendigkeit der uns zur Anleitung anvertrauten Jugend vorzuführen, das sehe ich für das höchste Ziel des Unterrichtes und das höchste Streben eines akademischen, wie eines praktischen Lehrers an. Deswegen auch schätze ich den Anschauungsunterricht nicht blos, wie er jetzt im Großen und Ganzen in allen unseren Schulen — völlig abgesehen von der Jurisprudenz — getrieben wird, sondern auch in der Jurisprudenz, und ich nenne Anschauungsunterricht, wenn ich bei theoretischen Entwicklungen immer ein praktisches Ziel mir und den Zuhörern vor Augen stelle.

Die Bildung der Rechtskörper aus dem Rechtsleben heraus und ihre allmähliche Umbildung hat für mich Niemand in instruktiverer Weise gelehrt und vertreten, als ein Mann, dessen Namen auch hier in Wien einen guten Klang für alle Zeiten haben wird, ich meine Ihering. In unvertilgbarer Erinnerung steht mir, wie vor Jahrzehnten der dritte Band seines Geistes des römischen Rechtes alsbald bei seinem Erscheinen für mich die Quelle unerschöpflichen Genusses gewesen ist; er hat mir dann immer zu nachhaltigster Belehrung gedient.

Neben den von Ihering entwickelten Körpern des materiellen Rechts und des zum Schutze des materiellen Rechts geschaffenen Klagensystems, die sich den Bedürfnissen des Lebens entsprechend bilden, bilden sich aber ebenso in einem anderen Zweige der Wissenschaft, in der von der Praxis unterstützten Prozeßwissenschaft, Prozeßkörper, und in richtiger Erkenntniß dieser beiderseitigen Körper mit ihnen nach

Digitized by Google

einem gedeihlichen Ziele hin zu operiren, scheint mir die Hauptaufgabe eines guten Juristen zu sein. „Auf der tüchtigen Vorbildung des Richterstandes ruht aber," wie Treitschke mit Recht sagt, „die Gesundheit der Rechtspflege weit mehr als auf dem Wortlaute der Gesetze."

Muster in Verwendung der Praxis zur wissenschaftlichen Durchbildung sind und werden uns ewig die Römer sein, ein begnadetes Volk. Ihre Kunst der civilistischen Konstruktion ist die denkbar höchste. Was die Römer uns hinterlassen haben, sind Entscheidungen von Rechtsfällen. Aus ihnen heraus haben unsere Universitäten, und das ist ihr dauerndes großes Verdienst, unsere Rechtswissenschaft erst geschaffen. Aber darum sollte auch von Seiten der Theoretiker nicht vergessen werden, was sie der Praxis verdanken; denn alle Wissenschaft in civilistischer Beziehung ist hervorgegangen aus der Praxis der Römer. Deswegen wird das römische Recht das Bildungsmittel κατ' ἐξοχήν für alle Juristen bleiben, auch im Deutschen Reiche, nachdem wir unser Bürgerliches Gesetzbuch erlangt haben.

Es ist ein natürlicher Gang der Dinge, daß die Universitäten, nachdem sie die Wissenschaft des Rechtes zu einem System herausgebildet hatten, nun auch sich bestrebten, bei ihren Zöglingen ein Hauptgewicht, lange sogar das einzige Gewicht auf die Kenntniß dieser Wissenschaft zu legen und den Zöglingen möglichst viel Wissensstoff zuzuführen. Dabei darf aber nicht vergessen werden, daß neben dem Wissen als sehr erheblicher Faktor für jeden Juristen auch das Können in Betracht kommt. Wissen ist nur die eine Hälfte des Zieles, nach dem der Jurist hinarbeiten soll, Können ist die andere. Welche als die bedeutsamere zu gelten hat, will ich unerörtert lassen. Es müssen sich aber beide Hälften zu einem einheitlichen Ganzen vereinen. Das Können des Juristen zeigt sich in der Kunst der Rechtsprechung, und die Vervollkommnung in dieser Kunst sehe ich als das Ideal an, das überhaupt ein praktischer Jurist, möge er dem Richter- oder dem Anwaltstande angehören, zu erstreben hat, wenn er seinen Beruf erfüllen will.

Die „Kunst der Rechtsprechung" ist nicht von heute auf morgen entstanden; sie ist auch nicht von heute auf morgen zu erlernen. Gerade in dieser Kunst waren die Römer Meister. Seit sie ihre Kunst übten, bis zu den Tagen, in denen wir dieselbe Kunst zu erlernen begannen, und bis zu unsern heutigen Tagen, in denen auch

Digitized by Google

wir es zu einer Kunst der Rechtsprechung gebracht haben, liegt eine lange Entwicklung hinter uns. Die Rechtsprechung kann von einer eben solchen Geschichte erzählen, wie das Recht selbst. Wir kennen sie nur nicht; denn die Geschichte unserer deutschen Rechtsprechung ist noch ungeschrieben, sehr erklärlicher Weise. Bieten doch alle wissenschaftlichen Arbeiten, die in verschiedene Gebiete hinübergreifen, ihre besonderen Schwierigkeiten. Weder juristische Kenntnisse, noch historische, noch beide zusammen, genügen dazu, der Schwierigkeiten Herr zu werden. Wer eine solche Aufgabe lösen wollte, müßte die Akten der Jahrhunderte durchforschen können und deshalb Paläograph, ein Kenner der deutschen Sprachidiome sein; er müßte aber auch Kenner und zwar gründlicher Kenner der heutigen Praxis sein, um zu verstehen, in welcher Weise die Gegensätze zwischen dem Einst und Jetzt sich herausgebildet haben.

Wie leicht selbst große Männer bei solchen Untersuchungen fehl greifen können, dafür nur ein Beispiel.

Jakob Grimm verstand sich gewiß auf die Erforschung der deutschen Rechtsalterthümer; aber, wie ich an anderer Stelle schon erwähnt habe, ist ihm doch bei Mittheilung einer bekannten Stelle des Soester Stadtrecht aus dem zwölften Jahrhundert ein geradezu komischer Irrthum untergelaufen. Dies Stadtrecht enthält den Satz, der Richter solle sitzen auf seinem Stuhle, wie ein griesgrimmender Löwe, den rechten Fuß über den linken geschlagen, und ehe er das Urtheil fälle, es „ein-, zwei-, dreimal" überlegen. Die letzten Zahlworte sind im ältesten Texte, den wir besitzen, mit Buchstaben geschrieben und lassen keinen Zweifel, wie sie zu lesen sind. Die Handschrift aber, die Grimm benutzt hat, schreibt 1, 2, 3 mit Ziffern (der Sitte gemäß ohne zwischengesetzte Kommata) und die Folge war, daß Grimm uns lehrt, der Richter solle „einhundertunddreiundzwanzigmal" sich sein Urtheil überlegen, ehe er es ausspreche. Damit nicht genug, sucht Grimm mit echtem deutschen Forschungsgeist auch nach Gründen, warum der Richter sich das Urtheil sovielmal überlegen solle, und er findet diese Gründe; denn er multiplizirt die zwischen den Gerichtssitzungen liegenden 40 Nächte mit 3, rechnet dazu die drei Gerichtstage und kommt so zu der Zahl 123.

Wenn das Jakob Grimm passirt, dürfen Sie sich nicht wundern, wenn geringere Meister in ähnliche Fehler verfallen. Um hiervon ein weiteres Beispiel anzuführen, zwar nicht von einem Jakob Grimm

Digitized by Google

ebenbürtigen Manne, aber doch von einem Gelehrten, der in der Rechtsgeschichte und in der Paläographie wie Dialektkunde ziemlich bewandert war, hören sie Folgendes. Ein Oberhofsspruch des sechszehnten Jahrhunderts besagt, daß einer, der zwei Weiber zur Ehe nimmt, nach altem hergebrachten Rechte „mit zwen Poppen aus der Stadt gegeißelt und gestäupet werde.“ Was sind zwei Poppen? Unser Gelehrter versteht darunter zwei Pfaffen; folglich lehrt er: Die Strafe der Bigamie ist die Landesverweisung, und sie wird so ausgeführt, daß der Scharfrichter den von zwei Geistlichen begleiteten Verurtheilten zum Thore hinaus geißelt. Nun bedeuten aber in dem betreffenden Urtheile die zwei Poppen zwei Puppen; das heißt: weil der Mann mit zwei Weibern die Ehe geschlossen hat, soll ihm als Brandmal auf jeden Arm eine weibliche Figur, eine Puppe, eingebrannt und er soll mit diesem Brandmale über die Grenze abgeschoben werden.

Solche Fehler können den Besten passiren, ich führe sie nicht etwa an, um auf jene Autoren einen Schatten zu werfen, sondern nur um zu zeigen, wie schwierig derartige rechtsgeschichtliche Untersuchungen sind, und welche Irrthümer sich durch das Mißverständniß eines Buchstabens oder durch die versäumte Ergänzung zweier Kommata entwickeln können.

(Aeltere Rechtsprechung.)

Um Ihnen aber einen Begriff zu geben, wie ungeheuer der Fortschritt unserer Rechtsprechung im Gegensatze zur Rechtsprechung der früheren Jahrhunderte ist, gestatten Sie mir, Ihnen aus der Periode, in welcher zuerst merkbar an unsre deutschen Gerichte die Fluthen des Romanismus herantraten, ein paar charakteristische Rechtsfälle und die in ihnen gefällten Oberhofssprüche, also die Sprüche der höchsten Autoritäten mitzutheilen, an die man sich damals überhaupt wenden konnte. Ich greife in die kritische Zeit, in das zweite Viertel des sechszehnten Jahrhunderts.

Zwei Bürger sitzen eines Abends plaudernd vor der Hausthür einer damals noch kleinen Stadt. Der eine sagt: „Warum läßt du deinen Sohn solange im Auslande? Laß ihn doch wieder hierher kommen.“ Auf die Antwort: „Was soll er hier? Er hat kein Unterkommen,“ erwidert der Fragende: „Laß ihn nur kommen; ich will ihm mein Haus zueignen.“ Der Sohn wird zurückgerufen.

Digitized by Google

Mit der Zueignung hat es aber gute Weile. Das Haus wird nicht zugeeignet, es gehen anderthalb Jahre hin. Da sprechen die zwei Leute wieder über den Fall; derjenige, der das Versprechen gegeben haben soll, will nichts mehr davon wissen. Der Vater erwidert: „ich werde dir das Versprechen beweisen, wir wollen eine Wette eingehen. Wenn ich den Beweis liefere, eigneſt Du meinem Sohne das Haus zu. Liefere ich den Beweis nicht, so zahle ich Dir den Werth des Hauses.“ Der Nachbar schlägt ein. Aber auch diese Wette bleibt unvollzogen. Der Vater bittet deshalb den Oberhof, um Rechtsbelehrung, wie dieser Fall zu entscheiden sei. Der Oberhof spricht darauf „zu Recht“: „So Ihr des Beklagten Verheißung als freiwillig stipulata manu geschehen erweisen könnt“ — Sie sehen also, einiges Latein und einiges römische Recht war dem Oberhofe nicht fremd — „ist der Beklagte das Haus in solchem Kauf, wie er das bekommen, abzutreten schuldig, was aber sich in der Wette begeben haben soll, haben wir zur Vermeidung vieler Unkosten und vielen Gezänks, die sich zwischen Euch beiden erregen würden, darauf rechtlich zu erkennen unterlassen.“ Vielleicht ein recht zweckmäßiger Spruch, aber nimmermehr das, was wir heute verlangen würden, wenn von einem Rechtsspruch die Rede sein soll.

Ein zweiter Fall. In gerichtlicher Zwangsversteigerung ist eines Schuldners Haus verkauft. Jahrelang ist der Käufer im Besitz, da treten die Erben des Schuldners als vermeintliche Eigenthümer des Hauses auf, weil sie zu den Verkaufsterminen nicht speziell geladen seien; ohne ihre Mitwirkung habe das Haus nicht verkauft werden können. Dieser Rechtssatz bildet, da die Erbenqualität der Kläger zugegeben ist, den Kern des Streites; es tritt das deutsche Recht, das eine Veräußerung von Grundvermögen nur mit Einwilligung der nächsten Erben kennt, mit dem römischen Rechte, dem ein solcher Gedanke fremd ist, in Kampf; unendliche Prozeßschriften mit den unglaublichsten Citaten aus römischen leges und canones, aus den Glossatoren und Postglossatoren werden gewechselt. Der Oberhof, dem die Akten eingesandt werden, thut, als wäre er der Prätor, der dem judex die Sache zu überweisen hat, den ziemlich inhaltlosen Spruch: „So der Kläger seine Klage beweist, wird der Beklagte kondemnirt, wenn nicht, wird er absolvirt.“ Die Parteien wie die erste Instanz sind nicht klüger als wie zuvor.

Ferner: Ein landesherrlicher Secretar, d. h. für damalige

Digitized by Google

Zeit ein hochangesehener Mann, der mit dem Rechte und dem Rechtsverfahren doch immerhin einigermaßen Bescheid wissen mußte, wird mit einem Dorf belehnt und infolge dessen oberster Richter des Dorfes. Da passirt es, daß zwei Brüder mit einem Dritten beim Kegelspiele sich streiten; es kommt zu einer Schlägerei, die zwei Brüder fallen über den Dritten her, und der Dritte wird in den Rücken gestochen, wie die Brüder behaupten, nachdem er seinerseits auch in die Tasche gegriffen hat, um das Messer zu zücken. Der Secretar als oberster Richter weiß nicht, was er mit dem bedenklichen Falle anfangen soll. Er schickt an den Oberhof die Frage, ob er sie alle Drei, ob er Zwei oder den Einen, der gestochen, zu strafen habe, und mit welchem Unterschied. Der Oberhof spricht zu Recht, „daß der, der gestochen ist, billig mit Strafe verschont werde; die anderen Zwei sollen Euch als dem obersten Richter und Herrn nach Billigkeit Abtrag thun, auch dem Verwundeten und dem Arzte nach Eurem Erkenntniß zufrieden stellen." Von einer Untersuchung, ob der Gestochene etwa den Streit angefangen und ob er zuerst nach dem Messer gegriffen hat, ist keine Rede. Ob der Anfragende in dem Spruche die erhoffte Rechtsbelehrung gefunden, steht dahin.

Selbst germanistische Schwärmer werden Angesichts solcher Urtheile schwerlich die Behauptung aufrecht halten können, die einstigen Schöffen hätten geradeso entschieden, wie wir heute entscheiden würden; das Unglück der Reception hätte nicht über uns hereinzubrechen brauchen. Am letzterwähnten Falle sehen Sie zugleich, wie Straf- und Civilprozeß noch in einander übergreifen. Das veranlaßt mich dazu, wenigstens mit zwei Worten auch die Strafjustiz jener Zeit zu streifen, in der gerade damals — nicht zum Ruhme der deutschen Rechtspflege — das Verbrechen der Zauberei breiten Raum einzunehmen begann.

Eine in Gegenwart einiger Rathspersonen und des Stadtschreibers vom Scharfrichter als der Zauberei verdächtig gefolterte Frau gesteht „gutwillig", daß sie des Nachbarn Butter sich zugezaubert habe, indem sie ihm Weidekraut vor die Thür geworfen, das sie mit den Worten pflückte: „ich pflücke dich Kraut im Namen des Teufels und begehre durch dich die Butter und die Milch." Der Oberhof befragt, „ob die Frau zur Erforschung weiterer Zauberei nochmals gepeinigt werden solle, oder ob und wie sie zu bestrafen sei," spricht zu Recht, die Uebelthäterin solle verbrennet, aber nicht mehr gepeinigt werden, wenn sie bei ihrem Geständniß bleibe.

Digitized by Google

Ein mit dem Tode Bestrafter hat im peinlichen Verhör eines kleinen Stadtgerichtes einen Andern der Mitschuld bezichtigt. Dieser gesteht ein, er und sein Bruder habe mit dem Hingerichteten „je ein Kreuz auf einen Teller geschrieben, um den Käufer ihres väterlichen Gutes zu nochmaliger Zahlung des Kaufgeldes zu zwingen." Der Gerichtsherr fragt beim Oberhof an, ob auf Grund des Zeugnisses des Mitschuldigen der Bezichtigte der peinlichen Frage unterworfen werden dürfe. Die Antwort lautet: der Bezichtigte solle, falls er bei dem Geständnisse beharre, das Kreuz auf den Teller geschrieben zu haben, gleich dem Bezichtiger enthauptet werden.

Hält man nun die Originale solcher Urtheilssprüche in der Hand und gewahrt auf der Rückseite beispielsweise die Notiz: praesentatum den 3. Mai, publicatum den 4. Mai, decollatus den 5. Mai, so gewinnt man einen wahrhaft erschreckenden Einblick, wie in damaliger Zeit das Scharfrichtergeschäft geblüht haben muß, wenn selbst in kleinen Städten ein so geübter Scharfrichter zur Hand war, daß binnen 48 Stunden die Hinrichtung vollzogen werden konnte, gleichviel ob sie durch Enthauptung, durch Verbrennen oder durch Ertränken zu geschehen hatte.

In Civilsachen, die uns hier näher liegen als die Strafsachen, fällt besonders die gänzliche Hilflosigkeit der erstinstanzlichen Gerichte auf, ihres Amtes zu walten. Die Schöffenbänke werden zwar an den seit Alters fest bestimmten Gerichtstagen noch besetzt, die Schöffen bleiben im Bezug ihrer Gebühren, und es findet noch ein Rest mündlichen Verfahrens statt, indem die Parteien oder ihre Sachwalter mündlich ihre Klage anbringen, aber dann folgt der übliche Gerichtsbeschluß, daß die Sache von Termin zu Termin „in Schriften verfaßt werden soll", und nun werden 6, 10, ja zu Zeiten 20 Schriften gewechselt, angefüllt mit breiten Citaten aus dem römischen und canonischen Rechte, sowie aus ihren Kommentatoren, Citaten unglaublichsten, mit der wirklichen Streitfrage fast gar nicht zusammenhängenden Inhalts, als sollte in dem Wuste der Gegner, wie das Gericht geradezu erstickt werden. Das Material dazu fanden die Sachwalter sehr bequem in diesem oder jenem Repertorium oder Vocabularium, das unter alphabetisch geordneten Schlagworten alles Nöthige und Unnöthige aus den Quellen und den Kommentatoren zusammentrug. Wie verbreitet ein solches Handwerkszeug gewesen sein muß, lehrt uns die erst ganz kürzlich festge-

Digitized by Google

stellte Thatsache, daß von einem dieser Vocabularien im sechzehnten Jahrhundert an achtzig Auflagen, sage achtzig Auflagen gedruckt worden sind. Nach beendetem Schriftenwechsel erschienen dann die Parteien, damit doch das „mündliche" Verfahren aufrecht erhalten blieb, nochmals persönlich vor Gericht und „beschlossen zum Urtheil." Dann stand aber längst schon fest, daß das Instanzgericht des Urtheilsspruches sich enthalten wollte. Denn oft am nämlichen Tage sandte man, ohne auch nur den Versuch gemacht zu haben, die Sache durch Urtheil zu erledigen, das gesammte Aktenmaterial dem Oberhofe zu. Wie hätten auch die Schöffen der Akten Herr werden können, die mit lateinischen, ihnen unverständlichen Ausführungen durchsetzt waren? In den Begleitschreiben erklären die Instanzgerichte ungescheut und ungeschminkt den eigenen Bankrott: „wir bitten" — schreiben die Schöffen — „um Urtheil, welches Urtheil oder sententia uns zu finden verborgen ist", „es ist ein Urtheil von uns zu erkennen gebeten, des wir doch zu geringen Verstandes", „wir haben die Schriften der Parteien übersehen und überwogen, sind aber nicht sinnreich, darauf Recht zu sprechen" oder „sind aber ein Urtheil zu finden unvermögend." Angesichts solcher Zustände wird es verständlich, wenn Melanchthon de legibus klagt: „Bei der Stumpfheit der Richter dringen in die Gerichte die fadesten Rabulisten als Sachwalter, die ihre Clienten schinden, die unwissenden Richter mit immer neuen Kniffen zum Spott machen. Sie haben sich mit den Gesetzen selber nicht beschäftigt, sondern nur aus den Formeln einiger geriebenen Praktiker ihre Kenntniß geschöpft, und versteht sich daher von selbst, daß sie von der Pest der verderbtesten Schriftstellerei angesteckt sind."

Es bedarf nur des Hinweises auf solche Einzelheiten, um zu verstehen, welcher weittragende Gegensatz zwischen Dem besteht, was in früheren Jahrhunderten Rechtsprechung hieß, und was wir heute so nennen. Wie sich dieser Gegensatz ohne äußere Einwirkung lediglich unter dem Einflusse der Wissenschaft und Praxis allmählich herausgebildet hat, ist gewiß eingehender Erforschung und Darstellung werth. Daß vielfach recht verständige, richtige und praktische Oberhofssprüche ergingen, die den Nagel auf den Kopf trafen, soll keineswegs bestritten werden. Immerhin verhielt sich aber doch im Ganzen und Großen die „Kunst der Rechtsprechung" im sechzehnten Jahrhundert zu unserer heutigen Kunst der Rechtsprechung etwa

Digitized by Google

wie die „Kunst“, die den Fetisch der Naturvölker schafft, zu der Kunst, aus welcher ein Hermes des Praxiteles hervorging, oder wie die Kunst, der die starren Bildnisse unsrer Rolande ihre Entstehung verdanken, zu der Kunst, aus der der capitolinische Marc Aurel oder der vaticanische Augustus hervorging.

(Neuere Rechtsprechung.)

Haben wir so einen unleugbar guten Grund, mit einer gewissen Befriedigung auf den gewaltigen Fortschritt zu blicken, den die Rechtsprechung, sich selbst fast unbewußt, im Laufe der Jahrhunderte bei uns zu verzeichnen hat, so folgt daraus noch keineswegs, daß wir die Hände in den Schooß legen dürften, weil wir es so weit, ja so unendlich weit gebracht hätten. Es läßt sich sogar Angesichts mancher Erfahrungen der Gegenwart die Frage stellen, ob nicht etwa in den letzten Jahrzehnten hier und da ein Rückgang sich bemerkbar gemacht hat, und ob es nicht räthlich erscheint, sorglich umherzublicken, wo sich irgend welches Mittel findet, um der Kunst der Rechtsprechung einen breitern Raum im Unterricht unserer juristischen Jugend einzuräumen, als es bisher geschehen ist, sowohl auf der Universität als in der Praxis. Einst gab es überhaupt in Deutschland nur ein „geübtes“, ein durch Uebung gelerntes, kein auf Schulen „gelehrtes“ Recht. Das hat sich geändert; wir haben seit Jahrhunderten ein gelehrtes Recht. Die Rechtsprechung ist daneben aber im Wesentlichen immer eine nur geübte, nur durch Uebung gelernte geblieben, nicht ist sie eine gelehrte Rechtsprechung geworden. Im Wesentlichen wird lediglich die eine Hälfte der Rechtsprechung, das Recht, gelehrt. Die Römer hatten Schulen der Rechtsprechung und aus ihnen ging ihre Rechtsliteratur hervor; wir haben Schulen der Rechtsprechung nicht. Und doch verdiente sie mehr „gelehrt“ zu werden, als es geschieht, nicht in dem Sinne, als solle ein bei ihr übel angebrachter Doctrinarismus zur Herrschaft gelangen, wohl aber in dem Sinne, daß an der Hand praktischer Beispiele unsre juristische Jugend mit den hochbedeutsamen Grundsätzen und Grundregeln näher vertraut gemacht wird, welche zur Sicherung einer guten Rechtsprechung, zur Schulung in der angewandten Jurisprudenz dienen. Schwerlich genügen diesem Zwecke unsere Universitätspraktika. Daß ein Bedürfniß besteht, hat die Aufnahme gezeigt, die in jüngerer Zeit den in der angedeuteten Richtung

Digitized by Google

gemachten Bestrebungen bei unsrer Jugend zu theil geworden ist. Mir hat sich schon seit lange fortwährend der Gedanke immer mehr aufgedrängt, welche überaus wichtige Rechtsmaterie doch eigentlich der Civilproceß für den civilistischen Richter und damit für die Rechtsprechung überhaupt ist. Denn was hilft das schönste Recht, wenn der Weg fehlt, das Recht in richtiger, einfacher, natürlicher Form geltend zu machen und durchzusetzen?

Mit Zuhülfenahme philosophisch geschulten Denkens, namentlich mit Zuhülfenahme der Logik sind wir zu festen Regeln gekommen, die im Prozesse ihren Niederschlag gefunden haben. Der Prozeß trägt immer einen formalen Character an sich, und am Formalismus ist schon mancher Jurist gescheitert. Deswegen ist gewiß das Streben berechtigt, hier und da die formalen Schranken, wenn es geht, zu mindern und zu meiden. Die neuere Prozeßgesetzgebung in Deutschland, wie jetzt auch in Oesterreich, folgt dem Prinzipe der möglichst freien Bewegung des Richters und der Parteien mit außerordentlichem Glücke und mit außerordentlich gutem Erfolge, aber auch mit großer Gefahr. Diese Gefahr sehe ich unter Anderm darin, daß man anfängt, mit Prozeßkörpern zu operiren, die der Gesetzgeber nicht kennt, und daß man dadurch zu Urtheilen gelangt, die den Interessen der Parteien nicht gerecht werden. Es wird eine solche Gefahr vermehrt, wenn nebenher in materieller Richtung eine weitklaffende Divergenz zwischen Theorie und Praxis besteht.

Auf ein solches Gebiet möchte ich Sie jetzt im Näheren führen, mir aber dabei gestatten, an ein konkretes Verhältniß anzuknüpfen, weil ich das immer für das Instruktivste halte. Sie werden es mir dabei nicht verargen, wenn ich Ihre Aufmerksamkeit auf ein Rechts-, ein Prozeßinstitut richte, das, wie ich glaube, nicht in die richtigen Wege, weder in der Theorie, noch in der Praxis, geleitet ist, und das ohne viele Mühe sowohl in der einen, als in der anderen Richtung auf bessere Wege geleitet werden kann. Ich meine das außerordentlich häufig vorkommende und wichtige, mir in der letzten Zeit besonders nahe gelegene Institut der Aufrechnung oder der Kompensation.

Wie hart hier — ganz abgesehen von neuerlichst angeregten Streitfragen — schon in materieller Beziehung die Gegensätze auf einanderstoßen, das ist mir bereits vor Jahren entgegengetreten, als ich einmal einen älteren Examinator neben mir hatte, der einem

Digitized by Google

Kandidaten es als schweren Fehler anrechnen wollte, weil er behauptet hatte, eine außerhalb des Prozesses dem Gläubiger erklärte Aufrechnung habe keinerlei Bedeutung; wenn die Parteien aufrechnen wollten, müßten sie einen Aufrechnungsvertrag schließen oder die Aufrechnung im Prozesse durch den Richter aussprechen lassen. Darin sah der ältere Examinator einen argen Verstoß gegen das gesunde Rechtsgefühl und gegen die tägliche Uebung des Lebens, bis ein jüngerer Examinator ihn belehrte, daß die neueren Pandektenlehrbücher vielfach diese Ansicht vertreten, und daß der Kandidat offenbar aus ihnen seine Antwort geschöpft habe.

So wenig standen also damals Theorie und Praxis hier im Einklange. Aber nun umgekehrt. In neuesten Schriften der Theoretiker finden Sie die von jenem Kandidaten vertretene Meinung so vorgetragen, als gebe es gar keine Praxis, die davon abweicht; nur nebenbei wird dann erwähnt, im preußischen Landrechte bestehe die besondere Eigenthümlichkeit, daß man auch einseitig aufrechnen könne. Also selbst einem Schriftsteller über die Aufrechnung ist es fremd, daß es auch im gemeinen und im österreichischen Rechte eine einseitige Aufrechnung giebt, wie dies ja als das allein Natürliche erscheint.

Für mich handelt es sich wesentlich um die Frage, ob es nach der heutigen (deutschen wie österreichischen) Gesetzgebung ein besonders gestaltetes Verfahren für die Einrede der Aufrechnung giebt. Viele bejahen die Frage, ich verneine sie mit andern Vielen, indem ich behaupte, daß das von den Gegnern vertheidigte Verfahren die Kompensationsprozesse auf unmögliche Bahnen leitet und zur materiellen Benachtheiligung der Parteien führt.

An gegnerischen Ausführungen und vermittels gegnerischer Ausführungen ringt sich oft die eigene Ansicht zu größerer Klarheit und Sicherheit durch. Viele Wege führen nach Rom, und der pythagoräische Lehrsatz läßt sich auf mehr als eine Art beweisen. So glaube ich auch das gestellte Problem noch auf andre Art lösen zu können, als ich es bisher versucht habe, oder wenigstens die Lösung deutlicher vor Augen führen zu können.

Sie werden vielleicht zweifeln, ob eine so speziell gestellte Frage sich hier zur Besprechung eigne. Aber die Beantwortung jener Frage läßt sich nicht ohne Heranziehung allgemeinster Grundregeln der Rechtsprechung und des Prozesses geben; wir haben uns deshalb nichts weniger als in Specialitäten zu verlieren.

Digitized by Google

Zunächst müssen wir uns mit dem Endzweck des Prozesses und der dadurch bedingten Gestaltung des richterlichen Urtheilsspruches beschäftigen. Um Recht zu sprechen, muß man ein Urtheil fällen. Insofern ist also das Urtheil, das dem Richter zu verkünden obliegt, gewissermaßen die Quintessenz seiner Thätigkeit, das Ziel, auf das er hinstrebt. Die Kunst der Rechtsprechung löst sich auf in die Kunst, ein den Anforderungen der Gerechtigkeit, der Vernunft, der Gesetze und der Logik entsprechendes Urtheil zu fällen, ein Urtheil, das einen richtig gefaßten Urtheilsspruch mit schulgerecht entwickelten Urtheilsgründen giebt. Die Urtheilsfassung gehört zu den Hauptaufgaben des Richters und die Vorbereitung dieser Urtheilsfassung zu den Hauptaufgaben des Anwalts. Merkwürdigerweise wird auch sie nirgends gelehrt, sie wird — wie die Rechtsprechung selbst — nur geübt, nur gelernt. Und doch beweisen die Resultate dieses „Lernens", daß auch hier ein „Lehren" sehr am Platze wäre. Die Kunst, ein gutes Urtheil zu gestalten, ist gleichfalls im Schwinden begriffen; nichts mißlingt unserm jungen Nachwuchse mehr als die Urtheilsfassung, d. h. die richtig geordnete methodische Vorbereitung des Urtheilsspruches durch ein Gutachten oder durch Urtheilsgründe und der Urtheilsspruch selbst.

(Urtheilsfassung.)

Ich bitte sich folgenden einfachen, praktischen Fall bei dem, was ich nunmehr entwickeln werde, dauernd vor Augen zu halten. Einer bestrittenen Klagforderung von 100 fl., etwa einem Darlehen, steht eine unbestrittene Einrede, gleichviel welche, möglicherweise die Einrede einer Aufrechnung gegenüber. Wie entwickelt sich da der Prozeß? Was ist daraus zu machen? Man sollte meinen, das sei so einfach, wie das Rechenexempel $2 \times 2 = 4$. Leibniz hat einmal die Rechtswissenschaft überhaupt ein Rechnen mit Begriffen genannt. Er wünscht also die Rechenkunst mit hereingezogen zu haben, um in jure zu richtigen Resultaten zu gelangen. Vielleicht gestatten Sie mir, etwas Geometrie in Anwendung zu bringen und folgende Darstellung von der Thätigkeit eines Richters zu geben, der zu einem richtig gefaßten Urtheilsspruche gelangen will.[1])

[1]) Hierzu die am Schlusse angehängte Tafel.

Digitized by Google

Denken wir an den Enden der horizontalen Mittellinie einer Tafel links einen kleinen Kreis, rechts ein kleines Quadrat. Der Kreis soll die vom Kläger dem Richter vorgetragene Bitte um Verurtheilung, das Quadrat soll die Bitte des Beklagten um Klagabweisung bedeuten. Die Linie, die sich zwischen beiden herzieht, bedeutet die durch die beiderseitigen Parteibitten veranlaßte Streitverhandlung. In der Sprache der altdeutschen Schöffengerichte wird dem Richter die Aufgabe zugewiesen, „den Zwiespalt der Parteien zu theilen"; das heißt: der Richter hat zu „urtheilen". Denn urtheilen ist nichts Andres, als mit besondrem Nachdruck, mit besonderer Feierlichkeit theilen. Das wird sprachlich durch die Silbe „ur" ausgedrückt. Urkunde ist eine besonders bedeutsame Kunde, Urlaub ist der amtlich ertheilte Laub, die amtlich ertheilte Erlaubniß, Urfehde die feierlich abgeschlossene Fehde u. s. w. Die Theilung des Zwiespaltes der Parteien versinnbildlichen wir auf unsrer mathematischen Zeichnung so, daß wir von der Mitte der die Streitverhandlung darstellenden Linie eine Senkrechte fällen, die an ihrem unteren Theile entweder ausläuft in einen die Klagbitte oder in einen die Bitte des Beklagten verwirklichenden Spruch. Natürlich kann auch der Spruch nur theilweis die Klagbitte und dann daneben theilweis die Bitte des Beklagten verwirklichen. In die Rechtssprache übertragen ergiebt diese Figur, daß der Urtheilsspruch nie etwas Andres enthalten kann, als was der Kläger oder der Beklagte erbittet. Das findet in der Grundregel des Prozesses Ausdruck: ne judex eat ultra oder extra petita partium.

Wie kommt aber der Richter zu seinem Urtheilsspruche? Das lehrt uns sehr einfach die alte Formel des Prätors, mit der er die Parteien dem judex zuwies: „Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio 100 dare oportere, condemna; si non paret, absolve." Den Befehl si paret — condemna, si non paret — absolve, sehen wir auf unserer Tafel sich von einem oberen Kreisabschnitte in zwei divergirenden Streifen einerseits nach der Bitte des Klägers, andrerseits nach der Bitte des Beklagten hinziehen. Wenn auch heute nicht mehr der Prätor es ist, der diesen Doppelbefehl dem Richter ertheilt, so schwebt doch dieser Befehl mit logischer Nothwendigkeit über jedem Prozesse, sei er gedacht als Befehl des Gesetzgebers, oder sei er gedacht als Befehl der Parteien — denn auch die Parteien haben dem Richter in gewissem Sinne zu befehlen, indem sie seinem Spruche Richtung geben und Schranken

Digitized by Google

setzen —, ja, der Richter selbst ertheilt sich den Befehl und muß ihn sich ertheilen: si paret — condemna, si non paret — absolve. Sahen wir doch oben bereits, wie auch den alten Schöffengerichten die Formel nicht fremd war: „wenn der Kläger seine Klage beweist, erfolgt Verurtheilung, wenn er sie nicht beweist, erfolgt Freisprechung." Ein Prozeß, der auf einer anderen Formel ruhen könnte, ist überhaupt nicht denkbar. Wenn ich nun meinem heutigen Vortrage ein Motto zu geben hätte, so würde ich kein andres wählen, als die Worte: si paret, condemna, oder: wer obsiegt, darf nicht abgewiesen werden; wer abgewiesen wird, siegt niemals ob. Im Wesentlichen wollen wir darüber handeln, was die Worte si paret-condemna gegenwärtig für uns bedeuten, und was sie bedeuten für den Gegenstand unsrer speziellen Untersuchung.

Indem der Kläger durch Erhebung der Klage den Prozeß beginnt, sagt er dem Richter: Wenn du findest, daß meine Klage richtig ist, so verurtheile den Beklagten, wenn du aber findest, daß sie nicht richtig ist, mag er absolvirt werden.

Das „si" in dem Befehle „si paret condemna" hat aber einen doppelten Inhalt. Es kann heißen: Wenn nach den vorgebrachten Thatsachen zu schließen ist, der Kläger sei im Rechte, dann ist zu kondemniren; es kann aber auch heißen, wenn die etwa streitigen für erheblich zu haltenden Thatsachen vom Kläger bewiesen werden, dann hat die Verurtheilung einzutreten. Handelt es sich um ein si paret in dem Sinne: „wenn aus den vorgebrachten Thatsachen das Recht des Klägers ohne Weiteres erhellt," so kommt die Bedingung „si paret" im Urtheile des Richters niemals zum sichtbaren Ausdrucke; sie liegt nur in den Urtheilsgründen verborgen; denn entweder sagt der Richter: „Da die feststehenden Thatsachen das Recht des Klägers ergeben, wird der Beklagte verurtheilt," oder er sagt: „Da die vorgebrachten Thatsachen das Nichtrecht des Klägers ergeben, wird der Kläger abgewiesen." Handelt es sich dagegen um ein si paret in dem Sinne: „wenn der für das Durchdringen der Klage erforderliche Beweis erbracht (oder wenn er nicht erbracht) wird," dann kam im ältern Prozesse, so lange es „Beweisurtheile" gab, diese Bedingung stets zu äußerm sichtbaren Ausdruck. Fand sich ja doch, wie ich erwähnte, bereits bei Schöffensprüchen die Formel: „wenn der Kläger seine Klage beweist, ist der Beklagte zu verurtheilen, wenn er sie nicht beweist, ist der Beklagte frei zu sprechen." Also

Digitized by Google

bei aller Unvollkommenheit der älteren Rechtsprechung lag doch den Gerichten schon damals im Blute, daß bei bedingten Urtheilen die Folgen auf den scharfen Gegensatz der condemnatio und der absolutio zu stellen waren. Heutzutage kennt der deutsche Prozeß solche Beweisurtheile nur als Eidesurtheile (oder sogenannte bedingte Endurtheile), weil die Beweiserhebung durch Eid die einzige Beweiserhebung ist, bei der man eine den Parteien kundzugebende Motivirung kennt. Für Oesterreich hat Ihre neue Prozeßordnung auch diese Art Beweiserhebung abgeschafft und durch die eidliche Vernehmung der Parteien ersetzt. Sie kennen also die Eidesurtheile nur noch in den aus der Zeit vor Einführung der neuen Prozeßordnung anhängigen Sachen. Gleichwohl müssen Sie mir gestatten, daß ich im Wesentlichen bei meinen Ausführungen das für sie dem Absterben entgegengehende Eidesurtheil, das bedingte Endurtheil, mit heranziehe. Auch antiquirte Institute sind oft für Beweisführungen sehr werthvoll. Weil beim Eidesurtheil das si paret und das si non paret am sichtbarsten vor Augen tritt, konstruiren wir uns auf unserer Tafel ein solches Eidesurtheil als Musterbeispiel. Theilt der Richter den auf der Tafel angedeuteten Zwiespalt der Parteien dahin, daß er die Bedingung si paret als erfüllt betrachtet, so rückt er die Klagbitte als Condemnationsformel in das Endurtheil ein; betrachtet er die Bedingung si non paret als erfüllt, so thut der Richter das Nämliche mit der Bitte des Beklagten als Absolutionsformel: der gesammte Rechtsstreit läßt sich demnach in Gestalt eines regelmäßigen auf eine seiner Ecken gestellten Quadrates versinnbildlichen, wie unsre Figur ergiebt. Man könnte nun glauben, diese Figur passe nur für Eidesurtheile. Das ist aber keineswegs der Fall. Bei Eidesurtheilen liegt die Figur offen zu Tage, bei allen andern nach vorangegangener Beweiserhebung gesprochenen Urtheilen verbirgt sie sich in deren Begründung, gerade wie sie sich nach Obigem bei solchen Urtheilen in der Begründung verbirgt, die ohne Beweiserhebung ergehen. Wenn der Richter seine Entscheidung vom Beweise des Klaggrundes abhängig macht, indem er — vorschriftsmäßig ohne jede Begründung — eine Beweiserhebung über den Klaggrund anordnet, so sagt er damit stillschweigend „si paret — condemno"; anders gedacht wäre die Beweisauflage sinnlos und fehlerhaft. Denn könnte der Richter den Eintritt der Bedingung si paret ohne Beweisauflage als geschehen annehmen, so wäre seine Beweisauflage

Digitized by Google

vom Uebel: „ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif“ (d. h. zur Feststellung des paret), „so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu treffen.“ So sagt die deutsche Civilprozeßordnung (§ 272, neue Redaktion § 300). Ihre österreichische Prozeßordnung giebt zwar den Satz in etwas andrer Fassung: „wenn der Rechtsstreit nach den Ergebnissen der Verhandlung und der stattgefundenen Beweisaufnahme zur Endentscheidung reif ist, hat das Gericht diese Entscheidung durch Urtheil zu fällen“ (§ 390), daß aber damit nicht dem Richter das Recht eingeräumt sein soll, etwa in das Blaue hinein beliebig Beweise aufzunehmen, ist selbstverständlich und folgt besonders aus dem erläuternden § 276, der die nöthigen Vorschriften giebt, wie das Gericht „die Beweise, die es für erheblich hält,“ aufzunehmen hat.

Also in jedem Falle, in welchem der Richter durch Auflage eines Beweises über den Klaggrund seine Entscheidung vom Gelingen oder Mißlingen dieses Beweises abhängig erklärt, läßt sich die Aufgabe des Richters durch unsre Figur darstellen, mag die Beweiserhebung zu einem bedingten oder zu einem unbedingten Endurtheile führen. Bei dem bedingten Endurtheile wird das si paret und si non paret mit dem zugehörigen Urtheilsbefehle ausgesprochen, bei dem unbedingten Endurtheile wird es verschwiegen; derselbe Urtheilsbefehl besteht aber in beiden Fällen. Der von uns unterstellte Fall illiquider Klage und liquider Kompensationseinrede ist nun ein Beispiel, in dem, wenn von einer Beweisauflage, nur von einer Beweisauflage über den Klaggrund die Rede sein kann. In Bezug auf den Beklagten ist nichts zu beweisen; denn dessen Einrede ist zugestanden. Ist also der Klaggrund streitig und der Richter kommt zum Resultate: „ich erhebe über diesen Klaggrund den Beweis,“ so heißt das niemals etwas Anderes, als daß der Richter sich selbst den Befehl giebt: „si paret — condemna“. Wenn der Beweis erbracht wird, mag es sich um Beweis durch Eid oder durch ein andres Beweismittel, mag es sich um einen durch Beweisbeschluß oder durch bedingtes Endurtheil erforderten Beweis handeln, so muß ein verurtheilendes Erkenntniß gefällt werden. Für Sie in Oesterreich hat deshalb, auch wenn es künftig bei Ihnen keine bedingten Endurtheile mehr giebt, die Frage, ob ein Beweis über den Klaggrund zu erheben sei oder nicht, rücksichtlich der an das Gelingen oder Mißlingen der Beweiserhebung zu knüpfenden Folgen genau die-

Digitized by Google

selbe Bedeutung, wie für uns im deutschen Reiche. Beim Beweisgelingen müssen Sie, wie wir, den Beklagten verurtheilen, beim Beweismißlingen müssen Sie, wie wir, den Kläger abweisen.

Wer bei streitiger Klagforderung und unstreitiger Gegenforderung zu einem bedingten Endurtheile gelangt, nach welchem er den Kläger abweist, nicht nur wenn sein Beweis mißlingt, sondern auch, wenn er gelingt, verletzt darum ebenso den Gesetzesbefehl, daß bei erbrachtem Beweise („si paret") zu verurtheilen ist, wie derjenige, der Zeugen über den Klaggrund hört oder auf Grund Beweisbeschlusses einen Eid über den Klaggrund abnimmt und dann ungeachtet erbrachten Beweises des Klaggrundes den Kläger abweist. Die Sonderbarkeit des erstern Urtheils tritt nur äußerlich mehr in die Erscheinung als die des letztern. Denn ein bedingtes Endurtheil: „schwört der Beklagte den auferlegten Eid, so wird der Kläger abgewiesen, schwört der Beklagte nicht, so wird der Kläger gleichfalls abgewiesen", muß jeden mit nur einigem Rechtsgefühl begabten Juristen vor den Kopf stoßen, mag auch die Abweisung bei geleistetem Eide eine Abweisung wegen mißglückten Klagbeweises, und mag die Abweisung bei verweigertem Eide die Abweisung in Folge von Aufrechnung bedeuten. Ein Endurtheil dagegen, das den Kläger wegen erfolgter Aufrechnung abweist, nachdem des Klägers Zeugen den Klaggrund dargethan haben, trägt in seiner äußern Form nicht das mindeste Auffällige an sich. Innerlich aber verletzt dieses Urtheil genau ebenso den Gesetzesbefehl „si paret — condemna", wie jenes; denn bei erbrachtem sonstigen Beweise des Klaggrundes darf der Kläger ebensowenig „abgewiesen" werden, wie wenn der Klagbeweis durch Verweigerung eines durch bedingtes Endurtheil auferlegten Eides erbracht ist. Geradezu kindlich erscheint darum der neuerlichst gemachte Versuch, den Fehler, den ein bei Leistung, wie bei Nichtleistung des Eides die Klagabweisung androhendes bedingtes Endurtheil an sich trägt, dadurch zu vermeiden, daß man den Eid, wie das nach der deutschen Civilprozeßordnung in vielen Fällen angängig ist, möglichst durch Beweisbeschluß statt durch bedingtes Endurtheil aufzuerlegen sucht. Das heißt nichts Andres als Vogelstraußpolitik treiben, es heißt, den Richter sagen lassen: da man bei Erlaß eines Beweisbeschlusses Gründe nicht mitzutheilen hat, darf ich auch aus unzutreffenden Gründen einen Beweisbeschluß erlassen; das thut nichts; es erlangt ja Niemand

Digitized by Google

Kenntniß von meinen unzutreffenden Gründen; anders stände es, wenn ich ein Eidesurtheil erließe, dann kämen meine unzutreffenden Gründe zu Tage. Ist das gekennzeichnete klagabweisende Eidesurtheil falsch, so ist ebenso falsch das auf Beschlußeid oder bei Ihnen auf eidliche Vernehmung der Parteien ergangne abweisende Endurtheil; für blöde Augen versteckt sich freilich der Fehler.

Gibt nun, wie unsere Tafel sichtbar macht, in einem richtig gehandhabten Rechtsstreite einerseits der Antrag des Klägers, andrerseits der des Beklagten den Inhalt an, den das zu fällende Urtheil haben muß, indem es in seine Formel entweder des Klägers oder des Beklagten Antrag aufnimmt, läßt sich also aus jenen Anträgen bereits das Entweder—Oder des künftigen Urtheilsspruches voraussehen, so muß ebenso aus dem Urtheilsspruche zurückgeschlossen werden können auf das, was die Parteien beantragt haben. Denn das ausgesprochene „condemno" hat der Klagebitte zu entsprechen, und das in dem Urtheile ausgesprochene „absolvo" hat der Bitte des Beklagten zu entsprechen. Finden Sie, daß der in einem Eidesurtheile angekündigte oder der in einem Endurtheile gefällte Spruch auf einen Antrag des Klägers oder des Beklagten zurückverweist, der ein rechtlich unmöglicher ist, so leidet das Urtheil wie die Klagbitte an einem unheilbaren Mangel; ebenso liegt ein solcher Mangel vor, wenn Urtheil und Parteianträge sich nicht decken.

Wird also z. B. auf die Klage, die dahin geht: „Ich bitte den Beklagten zu verurtheilen, 100 zu zahlen", dem Kläger die Antwort: „Der Kläger hat seine Klage zu beweisen; beweist er die Klage, wird er abgewiesen, und beweist er sie nicht, wird er auch abgewiesen", so muß jeder Jurist sagen, das sei ein unmögliches Urtheil; denn für den Fall des Beweiserbringens, wie des Nichterbringens ist die Folge der Abweisung des Klägers angedroht, obwohl an der Spitze jeden Prozesses der Gesetzesbefehl steht: si paret — condemna; das bedingte Urtheil hat es prozeßwidrig unterlassen, die beiden entgegengesetzten Parteianträge in sich aufzunehmen. Sicher hat nämlich der Kläger nicht beantragt, ihn abzuweisen; ein Kläger, der eine Klage mit solchem Antrage erhöbe, soll noch gefunden werden. Nur wenn Klaganträge auf Abweisung des Klägers denkbar wären, könnten Urtheile ergehen, die im Falle erbrachten, wie mißlungenen Klagebeweises den Kläger abwiesen.

So wenig es bedingte Endurtheile geben darf, die bei Leistung

Digitized by Google

des Eides eine Verurtheilung zu 100, bei Verweigerung des Eides eine Verurtheilung zu 200 androhen, oder Eidesurtheile, die bei Leistung des Eides eine Abweisung mit 100, bei Verweigerung des Eides eine Abweisung mit 200 in Aussicht stellen, so wenig darf es Eidesurtheile geben, die in einem Falle Abweisung zur Zeit, im andern definitive Abweisung, im einen Falle Abweisung wegen mangelnden Klagbeweises, im andern Abweisung wegen erbrachten Einredebeweises androhen. Solche Urtheile stellen zwar zwei verschiedene Eidesfolgen einander entgegen, sie stellen aber nicht diejenigen Eidesfolgen einander entgegen, welche von den Parteianträgen vorgezeichnet sind. Das ist allein das Maßgebende. Es bedarf unter Umständen vielleicht nur einer Fassungsänderung, um solche Urtheile zu richtigen Urtheilen umzubauen. Das im einen Falle eine Verurtheilung zu 100, im andern Falle eine Verurtheilung zu 200 androhende Urtheil z. B. muß korrekt lauten: „Der Beklagte wird zu 100 verurtheilt, außerdem hat er folgenden Eid zu leisten ꝛc., bei Verweigerung des Eides wird er zu weiteren 100 verurtheilt, bei Leistung des Eides wird der Kläger mit seinem weitern Anspruch auf 100 abgewiesen." Durch diese Formulirung treten die Parteianträge, soweit sie der Eid berührt, klar in die Urtheilsformel; die Formel entspricht dem si paret — condemna, si non paret — absolve. In der getadelten Formel fehlte das absolvo. Geradeso fehlt das condemno in Formeln, die eine doppelte Art der Abweisung androhen wollen. Die Gründe der Abweisung können nicht Gegenstand der Eidesleistung sein. Steht die Abweisung bereits fest, gleichviel aus welchem Grunde, so muß sie, ohne daß ein Eid aufzuerlegen, alsbald mit bedingter Begründung erfolgen, auch wenn der eine Abweisungsgrund eine weitere materielle Tragweite hat, als der andere. Die Wirkung des Urtheils ist dann natürlich die weniger weit tragende.

Die Nothwendigkeit der Art bedingter oder alternativ begründeter Urtheile erhellt aber noch aus einer andern Betrachtung.

Der Gesetzesbefehl si paret — condemna hat noch weitere Bedeutung. Die condemnatio oder die absolutio soll ausgesprochen werden, sobald sie ausgesprochen werden kann. „Si paret" d. h. in dem Augenblicke, in dem klar ist, daß der Kläger mit Recht des Beklagten Verurtheilung verlangt, oder daß der Beklagte mit Recht die Abweisung des Klägers verlangt, muß das Urtheil ergehen. Deswegen kann das „si paret" auch umschrieben werden mit „quum

Digitized by Google

primum paret", „sobald als erhellt". Daraus folgt der wichtige Satz: sobald der Richter auf die in der Klagbitte gestellte Frage Entscheidung treffen kann, muß diese Endentscheidung ergehen, ohne daß noch Beweis erhoben wird, selbst wenn vielleicht der Beweis für die Parteien diesen oder jenen Streitpunkt aus der Welt zu schaffen vermöchte. Das geht diesen Prozeß nichts an, es bleibt einem möglichen anderen Prozesse vorbehalten. Deswegen ergiebt sich der Satz: Bei illiquider Klage, aber liquider Einrede ist stets auf Klagabweisung zu erkennen, ohne daß Beweis erhoben wird über die Klage. Die nothwendige Consequenz dieses Satzes ist dann der weitere Satz, daß wir sogenannte alternativ begründete Urtheile zulassen müssen, und daß diese von der Prozeßordnung gewollt sind. Nehmen wir das Beispiel einer Einrede der Befristung. Der Kläger fordert 100, der Beklagte bestreitet die Forderung, fügt aber hinzu: „Du hast mir ja für alle Deine Forderungen drei Jahre Frist gegeben" und der Kläger giebt das nach, dann muß in Anwendung des Gesetzesbefehles „si non paret—absolve" abgewiesen werden. Denn es steht fest, daß jetzt, d. h. zur Zeit, als das Urtheil ergeht, der Kläger 100 nicht zu fordern hat. Dieses Urtheil kann aber nicht damit begründet werden, daß man sagt, der Kläger hat eine Forderung, der Beklagte hat behauptet, sie sei befristet, und das ist nachgegeben, folglich wird der Kläger abgewiesen, weil seine Forderung noch nicht fällig ist. Wenn das Urtheil logisch begründet sein soll, muß es lauten: „Ob der Kläger die behauptete Forderung hat, ist streitig; denn der Beklagte leugnet das Klagvorbringen. Beweis über die streitigen Klagbehauptungen kann aber in diesem Prozesse nicht erhoben werden; denn es steht fest, daß der Kläger jetzt diese Forderung, wenn sie ihm zustände, einzuklagen nicht berechtigt ist. Deswegen muß er abgewiesen werden". Er wird nicht abgewiesen, weil seine Forderung befristet ist, sondern weil sie, wenn sie existirte, befristet wäre, und das genügt, um den Beklagten zu absolviren.

Aehnlich ist mit alternativer Begründung auf Klagabweisung zu erkennen bei streitiger Forderung und unstreitig geleisteter Zahlung. Fälle dieser Art gehören zwar nicht zu den häufigen, weil, wer auf Zahlung sich beruft, in der Regel anerkennt, daß er geschuldet, daß also die Klagforderung bis zur Zahlung bestanden hat. Es ist aber recht wohl denkbar, daß Jemand irr-

Digitized by Google

thümlich eine Nichtschuld bezahlt hat und gleichwohl noch einmal auf Zahlung belangt wird. Beruft er sich dann unter Bestreiten der Klagforderung auf die geleistete Zahlung und diese wird zugestanden, so ist Klagabweisung geboten — und zwar ohne jede vorgängige Beweiserhebung — mit der Begründung: „ob die Klagforderung zur Entstehung gelangt ist, muß in diesem Prozesse dahingestellt bleiben; jedenfalls wäre die Klagforderung, wenn sie bestanden hat, durch die eingeräumte Zahlung getilgt; der Kläger hat mithin von dem Beklagten nichts zu fordern". Den Parteien könnte es sehr von Nutzen sein, zu erfahren, ob die Klagforderung bestanden hat oder nicht, ob die Zahlung auf eine Schuld oder auf eine Nichtschuld erfolgte, ob also der Beklagte einen Rückforderungsanspruch hat oder nicht hat. Aber diese Frage darf im anhängigen Prozesse wegen der darin gestellten Anträge nicht entschieden werden; das Urtheil muß die Frage über des Beklagten Condictionsanspruch dahin gestellt sein lassen. Das Urtheil, obwohl es die Klage abweist, entscheidet mit nichten über die Frage, ob die Klagforderung zur Entstehung gelangt ist, es entscheidet nur, daß sie, wenn zur Entstehung gelangt, durch Zahlung getilgt ist. Anders in dem Falle, daß der unstreitigen oder bewiesenen Klagforderung eine bewiesene Zahlungseinrede entgegensteht. Hier schließt die Klagabweisung den Ausspruch in sich, daß die eingeklagte Forderung bestanden hat, aber durch Zahlung getilgt ist; dieses Klagabweisungsurtheil begründet — schon nach römischem, und auch nach heutigem Rechte — die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegenüber einer etwaigen condictio indebiti. Dort wird durch das klagabweisende Urtheil zweifellos die condictio indebiti offengelassen, hier wird zweifellos dieselbe condictio ausgeschlossen. Also verschiedener Umfang der Rechtskraft, und doch zweifelloses Verbot, im ersteren Prozesse durch ein Beweisverfahren über die Klagforderung die Condictionsfrage ebenso zu erledigen, wie sie im zweiten Prozesse erledigt wird.

Das gleiche Resultat folgt noch aus einer ferneren Erwägung allgemeiner Art. Der Beweis ist im Prozesse immer dem Gegner gegenüber zu erbringen. Eine Thatsache, die der Gegner selbst behauptet hat, braucht ihm gegenüber niemals bewiesen zu werden; denn die Partei, die sie beweisen soll, kann dem Gegner entgegenhalten: „du selbst hast ja die Thatsache als wahr hingestellt, wie wäre es denkbar, daß ich dir die Wahrheit der Thatsache be-

Digitized by Google

weisen müßte?" Bedarf also der Beklagte für seine — auch nur eventuell vorgebrachte — Einrede einer Thatsache, die der Kläger behauptet, der Beklagte aber in erster Linie bestritten hat, so kann vom Beklagten ein Beweis dieser Thatsache nicht verlangt werden, noch weniger natürlich vom Kläger. Wenn der Beklagte Alles seinerseits gethan hat, was zur Erfüllung des vom Kläger geltendgemachten Anspruchs genügen würde, sofern er bestände, so ist die Abweisung des Klägers nicht erst von vorgängiger Feststellung des Klaganspruchs abhängig zu machen. Deshalb genügen eventuell vorgeschützte liquide Einreden, die Klage alsbald auszuschließen, auch wenn für ihre materielle Wirkung „begrifflich" die Existenz der bestrittenen Klagforderung erforderlich ist. Durch Zahlung ist materiell nur dann die Tilgung einer Forderung eingetreten, wenn eine Forderung besteht. Und doch genügt, auch bei bestrittener Klagforderung, die zwecks eventueller Tilgung dieser Forderung erfolgte Hingabe des Geldes prozessualisch den Klaganspruch aus der Forderung zu beseitigen. Noch Niemand hat je daran gedacht, in solchem Falle etwa vom Beklagten oder vom Kläger den Beweis der Klagforderung zu verlangen. Das Bestreiten der Klagforderung hat gleichwohl eine erhebliche Bedeutung; es hat den Beklagten davor geschützt, einen etwaigen Condictionsanspruch zu verlieren, wie er ihn verloren haben würde, wenn er durch Einräumen der Klagforderung dem Kläger zu einem Judikate verholfen hätte, das über eine Definitivzahlung entschied und damit die materielle Wirkung der Geldhingabe als Zahlung feststellte.

Sie werden vielleicht fragen, meine Herren, weshalb ich hier Dinge erörtere, die doch jedem Juristen geläufig sein müßten. Ich habe aber immer mehr gefunden, daß die einfachsten Grundgedanken auf Widerspruch stoßen, und daß ihre Verwerthung in der Rechtsprechung nicht in dem Maße geschieht, wie sie geschehen sollte. Als ich vor einigen Jahren die erste Abtheilung meiner Schulung für die civilistische Praxis erscheinen ließ, schrieb mir Bähr: „Ich glaube, daß Ihre Rechtsfälle sehr nützlich wirken . . . Etwas schmerzlich hat es mich aber berührt, daß Sie — ohne Zweifel nach den von Ihnen gemachten Erfahrungen — manches darin haben vortragen müssen, was eigentlich die jungen Leute von selbst wissen müßten. Wer hat denn uns dergleichen gelehrt? Wir haben es uns selbst gesagt."

Digitized by Google

So habe ich mir auch selbst gesagt, daß eine Aufrechnungseinrede eine Einrede sei, und daß, wenn sie mit Bestreiten der Klagforderung verbunden werde, beim Anerkenntniß der Gegenforderung prozessualisch die Klage auf Zahlung erledigt sei, ohne daß etwa der Beklagte, weil „begrifflich" zur Vollziehung einer Aufrechnung die Feststellung der Hauptforderung gehöre, dem Kläger oder daß der Kläger dem Beklagten die streitige Hauptforderung als entstanden beweisen müsse.

Gleichwohl glaubt eine Reihe von Gerichten und auch von Männern der Wissenschaft wie der Praxis den Satz vertheidigen zu können, wenn eine Klagforderung bestritten sei, die Gegenforderung aber als kompensabel und bestehend anerkannt werde, so müsse über die Klagforderung Beweis erhoben werden, weil sonst ein Urtheilsspruch nicht erfolgen könne. Sehen wir ein solches Urtheil an, so lautet es, soweit ein Eidesurtheil in Frage steht: „Wenn der Kläger seinen Beweis erbringt (nämlich daß er forderungsberechtigt ist), so wird er abgewiesen auf Grund der Kompensationseinrede; wenn er den Beweis nicht erbringt, so wird er ebenfalls abgewiesen und zwar wegen Beweisfälligkeit." Das sind die Urtheile, die wiederholt Vertheidigung gefunden haben. Ich setze ihnen, wie ich noch näher entwickeln werde, Urtheile gleichen sachlichen Inhalts entgegen, wider deren Korrektheit in der Fassung Niemand einen Zweifel erheben kann, auch noch Niemand einen Zweifel erhoben hat. Sie sprechen aus: „Wenn der Kläger seinen Beweis erbringt, wird die Gegenforderung als nicht mehr bestehend festgestellt, wenn der Kläger seinen Beweis nicht erbringt, wird er abgewiesen". Weder jene, noch diese Urtheile treten bei Ihnen nach neuerem österreichischem Prozeßrechte in die Erscheinung. Aber sobald Sie bei streitiger Klag- und unstreitiger Gegenforderung innerhalb der Parteianträge, die einerseits Verurtheilung zur Zahlung, andrerseits Klagabweisung begehren, Beweis über die Forderung auflegen, ist das nur möglich, wenn Sie auf Grund erbrachten Beweises aussprechen wollen, der Beklagte werde verurtheilt. Denn anders können Sie dem Gesetzesbefehl si paret — condemna nicht gerecht werden. Diejenigen österreichischen Juristen aber, die ohne vorherige Modifikation der Klagbitte Beweis über die Klagforderung auflegen wollen, beabsichtigen bei solcher Beweisauflage ebenso wie die Juristen des deutschen Reichs bei den Eidesauflagen der bedingten Endurtheile,

Digitized by Google

auch wenn der Beweis erbracht wird, einen Urtheilsspruch, daß der Kläger werde abgewiesen werden, nämlich wegen der Gegenforderung. Damit ist klar, daß auch in Oesterreich die Beweisauflage bei streitiger Klag-, aber unstreitiger Gegenforderung im Falle erbrachten Beweises nicht zu einem Urtheil führt, wie es allein der Formel entspricht: „si paret — condemna, si non paret — absolve", sondern zu einem Urtheil, das auf der unmöglichen Formel beruht: „si paret — absolve, si non paret — etiam absolve".

Ein solches mit dem Grundgedanken des Prozesses unvereinbare Urtheil läßt sich ebenfalls bildlich darstellen. Während wir in Anwendung der sachgemäßen, prozessualisch und logisch gebotenen Formel „si paret — condemna, si non paret — absolve" den Gang des Rechtsstreits in einem geometrisch richtig gestellten Bilde wiedergeben konnten, zeigt das nach der abwegigen Formel „si paret — absolve, si non paret — etiam absolve" konstruirte Urtheil (Figur II der Tafel) eine höchst sonderbare Gestalt. Der fundamentale Befehl, der jeden Prozeß beherrscht: si paret — condemna, ergeht überhaupt nicht; das si paret rückt hinüber auf die rechte Hälfte, die bei Figur I unter der Herrschaft des absolve steht, und das absolve spaltet sich gemäß des Befehls: si paret — absolve, si non paret — etiam absolve, in zwei Theile. Denken wir uns unter der ersten Figur einen menschlichen Körper, so wandelt dieser auf zwei gesunden, gleich kräftig gebauten Beinen einher. Der Körper der zweiten Figur aber ist anders gestaltet. Dem Inhaber desselben ist nämlich gesagt worden: „Lieber Freund, du wandelst gern auf zwei Beinen; das ist schön und richtig, ich kann es begreifen; wie wäre es aber, wenn wir dir ein Bein abschnitten und das andere von unten herauf bis oben hin spalteten? Dann läufst du ja wieder auf zwei Beinen." Der Richter nimmt nach dieser Ankündigung die Theilung des „Zwiespalts der Parteien" nicht, wie bei Figur I, vom Mittelpunkte des Streites (von a aus) in senkrechter Richtung nach seinem condemno oder absolvo hin vor, sondern er theilt vom Punkte b aus in schiefer Richtung und gelangt zu der Merkwürdigkeit eines doppelten absolvo. So tritt das Urtheil nach der Formel: si paret — absolve, si non paret — etiam absolve, in die äußere Erscheinung.

Dabei weist es noch eine andre Eigenthümlichkeit auf. Die Formel: si paret — condemna, si non paret — absolve, trägt in sich zugleich eine Instruktion für den Richter, daß sein Spruch sich

Digitized by Google

auf die condemnatio „centum dare oportere“ oder auf die absolutio beschränken soll; hat der Richter eine Begründung des Spruches zu geben, so liegt diese außerhalb des Spruches, indem sie den Eintritt der Bedingung entweder für den Fall des si paret oder des si non paret näher ausführt: die condemnatio oder absolutio ist auch äußerlich geschieden von ihrem Vordersatz, von ihrer Begründung. So leitet sich schon aus alter Zeit die Regel her, Entscheidungsgründe und Urtheilsspruch sind scharf zu scheiden; die Urtheilsgründe gehören nicht in die Urtheilsformel. Um die Sonderbarkeit der Urtheile zu verdecken, welchen die Formel zu Grunde liegt: si paret — absolve, si non paret, etiam absolve, wollen Vertheidiger solcher Urtheile in die Formel ihrer beidesmaligen absolutio den Abweisungsgrund hineinsetzen. Dem Kläger soll gesagt werden, wenn sein Beweis der Klagforderung mißlingt, er werde abgewiesen „wegen Beweisfälligkeit,“ und wenn der Beweis gelingt, er werde abgewiesen „auf Grund der Gegenforderung.“ Ein solches Urtheil bedeutet also, daß man dem Kläger sagt: „Abgewiesen wirst du, da du nichts vom Beklagten zu fordern hast, in dem Falle aber, daß du den Beweis der Klagforderung führst, erhältst du noch die Bescheidung auf den Weg mit, daß der Beklagte auch nichts von dir zu fordern hat; das kann dein Trost sein.“ Der Kläger hat das zwar gar nicht zu wissen verlangt, noch weniger hat etwa der Beklagte beantragt, es ihm zu sagen. Das hindert aber nicht, jenes freundliche Trostwort dem Urtheilsspruche im Interesse des Klägers beizufügen und, wenn dies sich etwa erst nach einer Beweiserhebung ermöglichen läßt, diese Beweiserhebung vorzunehmen, mag sie auch für die strikte Beantwortung der in der Klagbitte gestellten, den Prozeß beherrschenden Frage unnöthig sein. In der Schule wird bekanntlich gelehrt, wie man auf gestellte Fragen präzis und logisch antwortet. Da heißt es: Wenn du gefragt wirst: „spielst du Klavier?“ und dies ist nicht der Fall, so lautet die korrekte, einfache Antwort: Nein! Du hast nicht etwa hinzufügen: „aber mein Bruder spielt die Flöte.“ Eine solche Flöten-Antwort[1]) enthält das Urtheil, welches auf die Frage des Klägers: „ist der Beklagte mir 100 zu zahlen schuldig?“ die Entscheidung giebt: „nein, aber du bist auch nicht schuldig, dem Beklagten 100 zu zahlen.“

[1]) Sie ist in Figur II unsrer Tafel durch zugesetzte Schraffirung des absolve- und des absolvo-Quadrates wiedergegeben.

Digitized by Google

Hier höre ich den Einwand: „Ist das nicht Alles bloßer Formalismus? Gottlob haben wir doch keine römischen Prozeßformeln mehr. Wenn die Parteien klar und deutlich im Urtheilsspruche das Resultat ihres Rechtsstreites erfahren, so müssen sie sich das genügen lassen. Sind durch ein Urtheil, das ihnen sagt: im Falle erbrachten Klagbeweises wird der Kläger abgewiesen und die Gegenforderung des Beklagten ist getilgt, im Falle mißlungenen Beweises, wird der Kläger abgewiesen, weil er seine Klagforderung nicht hat darthun können, die Parteien nicht auf das Bündigste auseinandergesetzt und beschieden? Sind sie nicht besser beschieden, als wenn der Streit über die Klagforderung unerledigt bleibt?" Gewiß ist es recht lobenswerth, möglichst weitgreifend die Interessen der Parteien zu wahren und Alles zu beseitigen, was etwa in der Zukunft Streitigkeiten unter ihnen hervorrufen könnte, auch ist es ein richtiger Satz, nicht in zwei Prozessen verhandeln zu lassen, was in einem Prozesse verhandelt werden kann. Aber immer ist hier die Schranke hinzuzufügen, daß vor Allem die Parteianträge beachtet werden müssen; nur innerhalb derselben, nie über dieselben hinaus darf der Richter ein weiter oder ein weniger weit tragendes Urtheil erstreben; nie darf er das mit Verletzung des ausnahmslosen Gebots, endlich zu entscheiden, sobald die Möglichkeit dazu vorliegt. Verletzt er diesen Satz, so führt das unter Umständen zu den übelsten Folgen. Denn — sagen wir hier mit Octavio Piccolomini —

„Das eben ist der Fluch der bösen That,
Daß sie fortzeugend immer Böses muß gebären."

Jeder Urtheilsspruch, der nach stattgehabter Beweiserhebung ergeht, verursacht mehr Kosten, als wenn ohne Beweiserhebung erkannt wird. Wer soll diese Mehrkosten tragen, sofern ohne die Beweiserhebung etwa der Kläger abgewiesen werden müßte, wie er auch nach der ihm günstigen Beweiserhebung abgewiesen wird?

Mit der weiter oder weniger weit greifenden Abweisung, d. h. mit dem Ausspruche, der Kläger werde wegen Beweisfälligkeit oder er werde wegen erfolgter Aufrechnung abgewiesen, ist nämlich bei bestrittener Klag- und unbestrittener Gegenforderung der Prozeß der Parteien zwar in der Hauptsache, aber noch nicht wegen der Kosten erledigt. Das ist der Punkt, der von Denjenigen, die auch

Digitized by Google

bei unstreitiger Gegenforderung eine Beweiserhebung über die streitige Klagforderung verlangen, vielfach vergessen worden ist. Es ist auch der Punkt, an welchen sich das zwingende Verbot anknüpft, Beweise aufzulegen, bei deren Gelingen wie Mißlingen der Kläger abgewiesen wird, sei es auch mit verschiedener Wirkung der Abweisung im einen wie im andern Falle. Wie steht es damit?

Die Kosten spielen im Prozesse eine sehr wichtige Rolle. Viele Prozesse werden nur um der Kosten willen geführt. Also kommt es darauf an, die Gerechtigkeit und Richtigkeit eines Urtheilsspruches, soweit er die Kosten betrifft, mit demselben Maßstabe zu messen, wie in Beziehung auf die Hauptsache.

Freilich war in der deutschen Civilprozeßordnung bisher dem Richter die Befugniß gegeben, derart über die Kosten zu entscheiden, daß kein Rechtsmittel dagegen statthaft ist.[1]) Da konnte ein Richter denken: „Auf die Kosten kommt es nicht so genau an. Es ist ja einerlei, wie ich über die Kosten entscheide, wenn ich nur darüber entscheide; eine Anfechtung meiner Entscheidung giebt es nicht; habe ich nur meine Entscheidung zur Hauptsache gefunden, so werde ich einfach nach meinem Ermessen die Kostenfrage erledigen; niemals können Scrupel, die mir in der Kostenfrage auftauchen, mich rückwärts zu Scrupeln führen, ob ich in der Hauptsache richtig entschieden habe.“ Das nenne ich eine Gewissenlosigkeit. Die Kosten sind die eine Hälfte der Prozeßentscheidung; sie müssen genau mit derselben Rigorosität des Richters als eines „griesgrimmenden Löwen“ behandelt werden, wie die andere Hälfte, die Entscheidung in der Hauptsache. Führt die Entscheidung zur Hauptsache eine offensichtlich ungerechte Entscheidung zur Kostenfrage herbei, so ist die Prüfung geboten, ob nicht in der Entscheidung zur Hauptsache ein Fehler steckt, ob nicht die Entscheidung zur Hauptsache sich in ein Gewand kleiden läßt, durch das eine gerechte Kostenentscheidung ermöglicht wird, vielleicht sogar ohne materielle Aenderung der Entscheidung in der Hauptsache.

Nun frage ich: Wer kann behaupten, daß einem Kläger mit Recht die Kosten eines Beweisverfahrens auferlegt würden in einem Prozesse, in welchem die Entscheidung vom Beweise seiner Klage abhängig gemacht ist und er den Beweis erbracht hat? Dieser Kläger

[1]) CPO. § 94, jetzt modifizirt durch § 99 der neuen Fassung.

Digitized by Google

soll abgewiesen werden und — weil er eben abgewiesen wird — dafür, daß er den Beweis seiner Forderung erbracht hat, auch noch die Kosten der Beweiserhebung bezahlen. So verfuhr man in der Praxis, bis ich dies schreiende Unrecht aufzudecken unternahm. Es ist charakteristisch für die Art, wie die Kompensationsprozesse in der Literatur behandelt sind, daß von den drei Schriftstellern, die sich überhaupt darauf einlassen zu sagen, wie die Urtheilssprüche lauten sollen, zu denen man gelangen müsse, zwei die Kostenfrage gänzlich bei Seite lassen, als gäbe es überhaupt Urtheilssprüche ohne Kostenentscheidung, und daß ein vierter Schriftsteller, der sich genöthigt fühlte, möglichst rasch meinen wesentlich durch die Kostenfrage mit bestimmten Vorschlägen entgegenzutreten — zufällig die Kostenfrage völlig übersehen hat, zum klaren Beweise, wie wenig er in meine Argumentationen eingedrungen war.

Diese Kostenfrage hat für Sie, meine Herren, in Oesterreich genau dieselbe große Bedeutung, wie für ein Land, in dem noch Eide durch bedingtes Endurtheil auferlegt werden. Denn, wenn Sie einen Beweis über den Klaggrund, sei es durch Zeugenvernehmung, sei es durch eidliche Vernehmung der Partei oder sonstwie erfordern mit dem unausgesprochenen Gedanken: „auch wenn der Beweis erbracht wird, wird die Klage abgewiesen", so liegt hierin derselbe Fehler, wie in einem bedingten Endurtheile, das jenen Gedanken offen kundgiebt. Wird aber dieser Fehler begangen in der einen oder in der andern Form, so ist die nothwendige Konsequenz der zweite Fehler, daß der Kläger im Falle des erbrachten (wie im Falle des mißglückten) Beweises kostenfällig wird, also die Kosten der ihm günstigen Beweisführung zu tragen hat. Niemand wird auch in der Lage sein, einen anders lautenden Urtheilsspruch aus der Praxis beizubringen, wenn z. B. bei streitiger Klagforderung, deren Existenz durch Zeugen bewiesen ist, der Kläger auf Grund der unstreitigen Gegenforderung zurückgewiesen wird.

Kehren wir aber einmal das Streitverhältniß um, indem wir unterstellen, nicht die streitige Klagforderung, sondern die unstreitige Gegenforderung sei zuerst eingeklagt, dann erleben wir das Wunder, daß dem Inhaber der Gegenforderung die Kosten der Beweiserhebung über die im ersten Prozesse als Klagforderung angenommene Forderung zufallen; denn der Inhaber der Gegenforderung muß auf Grund der bewiesenen Forderung seines Gegners ebenso kostenfällig

Digitized by Google

abgewiesen werden, wie der Inhaber der im erstunterstellten Prozesse eingeklagten streitigen Forderung. Wir haben also zwei Parteien vor uns, deren jeder vom Rechte die Möglichkeit gewährt wird, ihren Streit darüber, ob sie in gegenseitigem oder nur in einseitigem Schuldverhältnisse stehen, zum Austrag zu bringen. Derjenige, dessen Forderung bestritten wird, vermag diesen Beweis zu führen. Ist er es, der zu diesem Zwecke klagt, so fallen die Prozeßkosten, auch die des geführten Beweises, ihm zur Last; ist es sein Gegner, der klagt, so fallen die nämlichen Prozeßkosten diesem Gegner zur Last. Was würde man sagen, wenn Jemand, etwa in einem Servitutenstreit, bei bewiesener Servitut — im Falle der Servitutberechtigte konfessorisch klagt — zwar mit Recht den Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Kosten tragen lassen wollte, im Falle aber der Eigenthümer klagt, den Servitutberechtigten mit den Kosten des Beweises seiner Servitut belasten wollte? In diese Lage kommt beim Servitutenstreit kein Richter, weil im Falle des Beweises der konfessorische Kläger eine klaggemäße Verurtheilung, der negatorische Kläger eine Klagabweisung erzielt. Gerade darin aber, daß im Falle des Beweises der streitigen Forderung stets ein klagabweisendes Urtheil soll ergehen müssen, mag der Beweisführer klagen oder verklagt werden, liegt der Fehler der von mir bekämpften Theorie.[1])

Alle Gegner, die sich bis jetzt geäußert haben, sind darin mit mir einig, daß man einen Kläger nicht in die Prozeßkosten verurtheilen kann, nachdem er den von ihm verlangten Beweis des Klaggrundes erbracht hat. Deshalb darf eben ein solcher Kläger nicht

[1]) Erheblich anders ist die Sachlage, wenn die Forderungen entweder beide unstreitig oder beide streitig und bewiesen sind. Hier erfolgt stets Klagabweisung und stets Kostenverurtheilung des Klägers; denn der Kläger hat mit Unrecht Prozeß geführt, einerlei, welcher der beiden Betheiligten als Kläger aufgetreten ist. Kam es zu einem Beweisverfahren über beide Forderungen, so hat der abgewiesene Kläger die Kosten auch des gesammten Beweisverfahrens zu tragen, selbst soweit das Beweisverfahren ihm günstig war; das Endresultat des gesammten Beweisverfahrens bestimmt über die Kostentragungspflicht; und dies Endresultat war ihm ungünstig, da der Beklagte seine Einrede bewiesen, also im Prozesse obgesiegt hat. Bei streitiger Klage, aber unstreitiger Gegenforderung kann es nur zum Beweisverfahren über eine Forderung kommen; wer in diesem Beweisverfahren obsiegt, muß im ganzen Prozesse obsiegen, er darf nicht im Urtheil als unterliegende Partei hingestellt werden.

Digitized by Google

abgewiesen, er darf nicht für den unterliegenden, sondern er muß für den obsiegenden Theil erklärt werden; denn es giebt kein Gesetz, welches erlaubt, wenn ein Kläger abgewiesen wird, dem Beklagten die Kosten aufzulegen. Das ist eine logische und deshalb auch prozessualische Unmöglichkeit.

Solange es Prozeßkostengesetze giebt, beruhen sie auf dem sich von selbst ergebenden natürlichen Gedanken: Wer mit Unrecht den Prozeß geführt hat, muß die Kosten bezahlen; ihn trifft ein Verschulden; das hat er zu tragen. Der Urtheilsspruch leiht dem Ausdruck, und zwar technischen Ausdruck: im „condemno" des Richters liegt (regelmäßig) die Feststellung des Verschuldens des Verurtheilten, im „absolvo" die Feststellung des Verschuldens der Gegenpartei des Absolvirten. Der römischen Nomenklatur entspricht das heutige Verurtheilen und das heutige Abweisen. Ein Verurtheilen ist auch das heutige Feststellen, wie das einstige Feststellen, das pronunciare, bei den alten Präjudizialklagen auch im römischen Sinne ein condemnare war. Feststellung im Urtheil enthält den Ausspruch: der Kläger hat mit Recht, der Beklagte mit Unrecht gestritten. Dieselbe Feststellung liegt in der condemnatio. Mithin ist die Folge, daß die vom Kläger erzielte condemnatio für ihn den Ausspruch der Pflicht des Beklagten, die Kosten zu tragen, nach sich zieht, während die vom Beklagten erzielte absolutio die Verurtheilung des Klägers in die Kosten herbeiführt. Die Kostentragungspflicht des Beklagten soll auf unsrer Tafel durch das Pluszeichen angedeutet werden, das vor dem Worte „Kosten" unter dem Worte „Verurtheilung" steht, die Kostentragungspflicht des Klägers durch das entsprechende Minuszeichen unter dem Worte „Abweisung."

Bei der Verurtheilung besteht eine Ausnahme, aber eine sehr natürliche und nothwendige Ausnahme.

Wenn nämlich jemand mit einer Klage überfallen wird, ohne daß er im Verzuge war, und er erkennt die Klagforderung an, so muß er zwar verurtheilt werden; aber er ist nicht Schuld am Prozeß gewesen. Er hat nichts Unrechtes gethan. Er bleibt deswegen von den Kosten verschont, der Kläger hat sie zu tragen, wie jede sachgemäße Prozeßordnung, auch die deutsche und die österreichische bestimmt. Man kann den Kläger nicht abweisen; denn das bloße Anerkenntniß des Gegners schafft dem Kläger noch keineswegs seine Befriedigung, und auch mit der Verurtheilung dem Anerkenntnisse gemäß ist die Sache

Digitized by Google

nichts weniger als erledigt; die Verurtheilung schafft dem Kläger ja noch nicht sein Geld. Das thut erst die hinter der Verurtheilung liegende Zwangsvollstreckung; sie wäre dem Kläger abgeschnitten, wenn man ihm die Verurtheilung des Beklagten versagte, obwohl der Beklagte keinen Anlaß zur Klage gab. Aber nur mit Unrecht würde man dem Beklagten die Kosten auferlegen. Wesentlich anders liegt die Sache bei der Abweisung. Ist die Abweisung ausgesprochen, so erledigt sich damit für beide Theile der Prozeß völlig. Die Abweisung stellt bei regelrechtem Prozeßgang ausnahmslos ein Verschulden des Klägers fest. Deshalb giebt es in unsern Prozeßordnungen keinen analogen Satz, der, wie bei der Verurtheilung auf Grund der Anerkennung, es gestattete, dem Gegner des abgewiesenen Klägers die Kosten aufzubürden, wenn etwa der Kläger genügenden Anlaß zur Klagerhebung gehabt hätte. Setzt der Kläger, der Veranlassung zur Klage hatte, nach einer im Prozesse erfolgten Befriedigung den Prozeß zur Hauptsache fort, so trägt er die vollen Kosten, wie wenn er nach Befriedigung erst seine Klage erhoben hätte.[1])

Jeder Kläger, der abgewiesen ist, muß deshalb die Kosten bezahlen, mag er vielleicht auch vorher mit Recht den Prozeß begonnen haben, oder mag der Beklagte sich mit Unrecht gewehrt haben. Das ungerechtfertigte Beharren beim Klagantrage noch zu einer Zeit, zu welcher der Klagantrag unberechtigt war, entzieht dem Kläger die Kostenvortheile, die ihm durch des Beklagten schuldvolle Veranlassung der Klage erwachsen wären, wenn der Kläger sofort nach erfolgter Befriedigung seinen Hauptanspruch für erledigt erklärt hätte. Gerade wie dem Beklagten, der keine Veranlassung zur Klage gegeben hat, die Kostenvortheile, die ihm durch des Klägers schuldvolles Verhalten erwachsen sind, entzogen werden, wenn er den Klaganspruch nicht sofort anerkennt, vielmehr irgendwie bestreitet. Hat der Kläger bis zu dem Augenblicke, in welchem das Urtheil

[1]) In S. Krumeich w. bad. Fiskus verurtheilte das Landgericht Freiburg i. B. ungeachtet der Abweisung der Klage den Beklagten in $^2/_5$ der Kosten, weil den Beschwerden der Kläger erst im Laufe des Rechtsstreits Abhülfe geschafft sei. Das O.L.G. Karlsruhe erklärte die auf diese Verurtheilung gestützte Anschlußberufung des Beklagten für begründet, weil Klägerin ungeachtet ihrer während des Prozesses erfolgten Befriedigung in der Hauptsache ihren ganzen Klagantrag aufrecht erhalten hatte. Das Reichsgericht erklärte die auf dieser Grundlage ausgesprochene Verurtheilung der Klägerin in sämmtliche Kosten durch Urtheil vom 21. Juni 1892 (II 116/92) für gerechtfertigt. Vgl. Gruchot, Beitr. 35, S. 618.

Digitized by Google

ergeht, seine Klage aufrecht erhalten und dies mit Unrecht gethan, so hat er die sämmtlichen Kosten zu tragen. Dem entsprechend ist es also unmöglich, bei den von mir bekämpften Urtheilen, die den Kläger zur Hauptsache abweisen wollen, mag er seinen Klagbeweis erbracht haben oder nicht, den Beklagten in die Kosten zu verurtheilen; denn immer ist der Kläger ein abgewiesener, nie ein obsiegender Kläger, und zwar ein in toto abgewiesener, mag er wegen mißlungenen Klagbeweises, oder mag er auf Grund der Gegenforderung abgewiesen werden. Um dieser klar zu Tage liegenden Konsequenz zu entgehen, sind von den Gegnern, nachdem sie die Verurtheilung des abgewiesenen Klägers in die Kosten als unhaltbar anerkannt haben, allerdings Versuche gemacht worden, um es dahin zu bringen, das klagabweisende Urtheil zwar aufrecht zu erhalten, aber dem Beklagten die Kosten ganz oder mindestens zu einem Theile aufzubürden. Wer so verfährt, erinnert nur an den bekannten Mann in Chamisso's „tragischer Geschichte", an den Mann mit dem Zopfe; „er dreht sich recht, er dreht sich links, der Zopf, der hängt ihm hinten."

Die sämmtlichen Kostenvorschriften sind beherrscht von dem Gegensatze des condemna und des absolve; die Herrschaft des condemna ergreift die ganze linke Hälfte, die Herrschaft des absolve ergreift die ganze rechte Hälfte unserer Urtheilsfigur I. Das Urtheil „condemno" ist das Ja des Richters, das Urtheil „absolvo" ist das Nein des Richters auf des Klägers Frage. Fällt das Urtheil nach der Ja-Seite hin, so unterliegt es den für bejahende Urtheile gegebenen Kostengesetzen, fällt es nach der Nein-Seite hin, so unterliegt es den für verneinende Urtheile gegebenen Kostengesetzen. Wer den Beweis unternimmt, ein abweisendes (also verneinendes) Urtheil könne hinsichtlich der Kosten auch einmal so ausgeführt werden, als wäre es ein verurtheilendes (also bejahendes) Urtheil, stellt sich auf den Standpunkt Desjenigen, der beweisen will: wenn der Richter nein gesagt habe, so könne das unter Umständen auch einmal bedeuten, er habe ja gesagt. Ein solches Beginnen muß resultatlos bleiben, so lange ja und nein die schroffsten Gegensätze sind, die es giebt. Niemals kann ein abgewiesener Kläger eine Partei sein, die im Prozesse „obgesiegt" hat. Deshalb scheitern an der Kostenfrage alle die gegnerischen „abweisenden" Urtheilsformeln, wenn sie rein äußerlich nicht schon an der Verletzung des „si paret — condemna" von vorn herein als gescheitert zu betrachten wären.

Digitized by Google

(Aenderung der Sachlage während des Prozesses.)

In nahem Zusammenhange mit der Kostenfrage steht die für unsere Entscheidung vor Allem erhebliche Frage von dem Einflusse der Vorgänge, die innerhalb des Prozesses sich ereignen und eine Verschiebung der Sachlage hervorrufen. Auch hier herrscht in der Praxis, wie in der Theorie keineswegs volle Klarheit, und doch ist die eine Frage, wie die andre von besonderer Wichtigkeit.

Wiederum spielt das Verschulden der einen oder der anderen Partei eine entscheidende Rolle. Wer eine Klage erhoben hat, sieht vielleicht nachträglich ein, daß er diese Klage überhaupt nicht oder daß er sie wenigstens jetzt nicht, oder daß er sie wenigstens zu einem gewissen Theile nicht hätte erheben sollen. Deshalb möchte er die Klage gänzlich oder theilweise zurücknehmen, um sie später in anderer Gestalt oder zu anderer Zeit oder zu dem zurückgenommenen Theile wieder zu erheben. Diese Klagzurücknahme kann er einseitig — natürlich auf seine Kosten — im heutigen Prozesse nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung, im ältern Prozesse nur bis zu erfolgter „Kriegsbefestigung" (litscontestatio) wirksam vornehmen; nach Beginn der mündlichen Verhandlung bedarf er der Einwilligung des Beklagten, und dieser kann die Verurtheilung des Klägers in die Kosten verlangen. Willigt der Beklagte nicht ein, so ist die Zurücknahmeerklärung ein Nullum; der Prozeß geht gerade so weiter, als wäre die Zurücknahme nicht erklärt; der Beklagte braucht sich nicht gefallen zu lassen, mit Klagen vexirt zu werden, die nicht zum Austrage kommen. Es ist ein Verschulden des Klägers, wenn er übereilt Klagen erhebt; den Nachtheil davon hat er zu tragen.

Diese Klagzurücknahme tritt lediglich als ein Prozeßakt auf, sie ist eine Prozeßerklärung. Was ihr materiell zu Grunde liegt, bleibt unausgedrückt; der Kläger hat auch nicht nöthig, darüber Rede zu stehen; er nimmt das Verschulden ohne Weiteres auf sich.

Ebenso trifft den Kläger ein Verschulden, wenn er im Laufe des Verfahrens nicht bloß die Prozeßerklärung abgiebt, er nehme die Klage zurück, sondern den materiellen Rechtsakt eines Verzichtes auf den Klaganspruch vornimmt, mag er dabei die Prozeßerklärung hinzusetzen, er nehme die Klage nunmehr zurück, oder mag er das unterlassen. Wollte er verzichten, so hätte er das früher thun und nicht klagen sollen. Ihn trifft die Strafe, daß seinem Gegner die Befugniß eingeräumt wird, nicht blos die Verurtheilung des Klägers in die

Digitized by Google

Kosten, sondern auch dessen Klagabweisung zu verlangen; ungeachtet des stattgehabten materiellen Verzichtes auf den Klaganspruch bleibt an sich die prozessuale Klagbitte noch bestehen, wenn sie nicht ausdrücklich zurückgenommen wird: der Beklagte braucht sich nicht etwa mit einem Urtheile über die Kosten und mit einer Feststellung zu begnügen, daß die Hauptsache „erledigt" sei, und wenn der Kläger nach erklärtem Verzicht ausdrücklich die Klage zurücknähme, könnte der Beklagte dieser Zurücknahme mit Erfolg widersprechen, wie er der unmotivirt nach Beginn der Verhandlung erklärten Klagzurücknahme widersprechen kann; der Beklagte kann, wenn er will, unter allen Umständen res judicata über den gegen ihn erhobenen Anspruch verlangen.

Ganz anders, wenn nicht durch eine Handlung des Klägers, sondern durch eine Handlung des Beklagten — also ohne Verschulden des Klägers — im Laufe des Prozesses eine Verschiebung desselben eintritt. Hierhin gehört die Befriedigung des Klägers durch den Beklagten im Laufe des Prozesses. Es wäre widersinnig, die in Folge solcher Befriedigung vom Kläger erklärte Zurücknahme der Klage ebenso zu behandeln, wie die vorhin betrachtete Zurücknahme oder wie den Verzicht auf den Klaganspruch; es wäre widersinnig, dem Beklagten, der nur um seiner Verurtheilung zu entgehen, vor dem Urtheil geleistet hat, etwa das Recht einzuräumen, nunmehr die Abweisung des Klägers oder am Ende gar auch seine Verurtheilung in die Kosten zu verlangen, wie sie ja stets die gesetzliche Folge der Abweisung sein muß. Fast gleich widersinnig wäre es, dem Abweisungsantrag des Beklagten auf dessen eigne Kosten zu entsprechen, oder dem Kläger zu empfehlen, daß er sich mit seiner Abweisung auf des Beklagten Kosten einverstanden erkläre. Eine solche paktirte Abweisung kennt unsere Prozeßordnung ebensowenig, wie sie in regulären Fällen der Abweisung des Klägers eine Verurtheilung des Beklagten in die Kosten kennt. Abweisung des im Prozesse befriedigten Klägers ist nur denkbar, wenn der Kläger so thöricht wäre, trotz erfolgter Befriedigung auf seinem Klagantrag zu beharren. Ein solches Beharren liegt vor, wenn nach der Befriedigung der Kläger seinen Klagantrag unverändert wiederholt, oder wenn er unterläßt, ihn auf die Verurtheilung zur Kostentragung zu beschränken. Diese Beschränkung muß erklärt werden; sie tritt nicht von selbst ein, auch tritt sie nicht

Digitized by Google

etwa schon dadurch ein, daß der Kläger die vom Beklagten im Prozesse geltend gemachte Befriedigung zugiebt. Hierin liegt keine Beschränkung des Klagantrags; sie liegt ebensowenig darin, wie im Zugeständniß einer Einrede, die sich auf die vor der Klagerhebung erfolgte Befriedigung stützt. Das Alles war schon Rechtens, ehe die deutsche Civilprozeßordnung in's Leben trat, und es ist durch die C.P.O. nicht geändert. Man redete in solchen Fällen davon, daß der im Prozesse befriedigte Kläger „seine Klage auf die Kosten beschränke". Gerade den nämlichen Ausdruck braucht die deutsche C.P.O. wenn sie in § 240 und die österreichische, wenn sie in § 235 die „Beschränkung" des Klagantrages „in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenforderungen" eine statthafte Klagänderung nennt. Wie die Klage vermöge des reinprozessualen Aktes der Klagzurücknahme theilweis oder gänzlich zurückgenommen, wie der Verzicht auf den Klaganspruch als theilweiser oder als gänzlicher erklärt werden kann, so kann natürlich auch ein theilweises oder gänzliches Befriedigtsein erklärt werden. Wer wegen einer nach der Klagerhebung erfolgten Zahlung von 50 den auf Zahlung von 100 gerichteten Klagantrag auf 50 beschränkt, beschränkt den Klagantrag „in der Hauptsache" ebenso, wie derjenige, der ihn nach Zahlung von 100 auf die Kosten beschränkt. Nur eine Buchstabenjurisprudenz übelster Art kann die Vorschrift der eben zitirten Paragraphen auf Erklärungen einengen wollen, die sich auf die Erledigung eines Theiles der Hauptsache, nicht auf die ganze Hauptsache erstrecken. Ein Schuldner, der vor dem Prozesse zahlt, muß sich die Quittung seines Gläubigers genügen lassen und hat kein Recht, ein Judikat zu verlangen, das seine Schuld für getilgt erklärt, solange nicht sein Gläubiger die Nichttilgung behauptet; warum sollte der säumige Schuldner, der im Prozesse zahlt, besser gestellt sein? Und zahlte er im Prozesse die schuldigen 100, so könnte ihm sein Gläubiger das Judikat über 99 auch nach jener Buchstabeninterpretation entziehen, wenn der Gläubiger nunmehr wegen der gezahlten 100 seinen Klagantrag auf 1 beschränkt.

Die von den beiden Prozeßordnungen zugelassene „Beschränkung in der Hauptsache" kann sonach einen dreifach verschiedenen Akt bedeuten. Zunächst den rein prozessualen Akt der Klagzurücknahme; dann greifen die Vorschriften über Klagzurücknahme Platz. Oder sie kann einen Verzicht auf den Anspruch bedeuten; dann greift die Vor-

Digitized by Google

schrift über den Verzicht Platz. In diesen beiden Fällen ist der Kläger kostenpflichtig. Die Beschränkung in der Hauptsache kann aber außerdem auf theilweiser oder gänzlicher Erledigung der Hauptsache beruhen. Dann bedeutet sie, wie bei der Verzichtserklärung, einen materiellen Akt, gewissermaßen eine dem Beklagten ertheilte Quittung, ein Anerkenntniß, daß der Beklagte nicht mehr schulde. Hier erscheint regelmäßig der Beklagte als der unterliegende Theil: er hat geleistet, ohne nur das Urtheil abzuwarten. Ausnahmsweise ist Kläger dann kostenpflichtig, wenn der Beklagte im Prozesse leistete, ohne zuvor die Klage durch sein Verhalten veranlaßt zu haben.

Uebrigens haben daran, daß bei einer im Prozesse erfolgten Leistung die „Beschränkung des Klagantrags" zugelassen werde, beide Theile ein Interesse: es entstehen durch die Beschränkung der Hauptsache weniger Kosten; denn nach den Kostengesetzen und nach der Natur der Dinge ist ein Prozeß theurer, der in der Hauptsache entschieden, als ein solcher, der in der Hauptsache nicht entschieden wird, weil der Kläger in zulässiger Weise erklärt, ihn nicht entschieden haben zu wollen. Da im Resultat, was die Kosten angeht, ein in der Hauptsache beschränkter Prozeß gleich steht einem in Folge von Klagzurücknahme erledigten Prozesse, so gilt ein und derselbe Gebührenansatz für beide; im Sinne der Kostenvorschriften ist die Beschränkung der Klage eine „Klagzurücknahme", im Sinne der Prozeßvorschriften hat die „Klagzurücknahme" einen engern Begriff; sie steht hier unter andern Grundsätzen als die Sacherledigung und die darauf gestützte Klagbeschränkung.

Zur Sacherledigung gehören aber bei Prozessen, die auf Geldzahlungen gerichtet sind, nicht blos die Fälle, in denen der Beklagte unter Anerkennung der Klagforderung zahlt, sondern auch die Fälle, in denen er unter Bestreiten der Klagforderung mit Vorbehalt entweder baar oder mit einer Forderung zahlt, sei es mit eigner, sei es mit fremder Forderung, wenn etwa nach vorgängiger Abrede der Kläger diese Forderung als Zahlung anzunehmen sich verpflichtet hat. Es ist ein Rechtsirrthum, daß nach angenommener Vorbehaltszahlung der Zahlungsnehmer seinen auf Verurtheilung zur Zahlung gerichteten Prozeß fortsetzen könne, weil von seiner ursprünglichen Klagbitte noch ein residuum, der Anspruch auf Anerkennung seiner Forderung, übrig geblieben sei. Eine solche Anerkennungsklage ist dem Rechte fremd, sie ist ein nicht existirender Prozeßkörper. Sie

Digitized by Google

wäre auch völlig unnütz, da andere Prozeßkörper existiren, die dem Bedürfniß genügen. Das sollte am wenigsten preußischrechtlichen Juristen unbekannt sein, deren Landrecht (§ 164 I. 16) auf jenen andern Prozeßkörper ausdrücklich hinweist: der Zahlungsnehmer ist befugt, den Zahler auf Geltendmachen seines Rückzahlungsanspruchs zu „provoziren" d. h. er ist heute befugt, ihn mit der negativen Feststellungsklage dahin zu belangen, daß der Rückzahlungsanspruch nicht bestehe. Ebenso ist es ein Rechtsirrthum, die auf Verurtheilung zur Zahlung gerichtete Klage so aufzufassen, als wolle der Kläger „reinen Tisch gemacht", also auch darüber entschieden haben, ob eine vom Beklagten eventuell geltend gemachte Gegenforderung getilgt sei. Eine solche „Reinen-Tisch-Machungs-Klage" ist ebenso ein nicht existirender Prozeßkörper, wie jene Anerkennungsklage. Nichts ist zu klarem Durchdringen einer Sachlage schädlicher als im Prozesse mit Prozeßkörpern zu operiren, die keinen gesetzlichen Halt und nicht in statthaften Parteianträgen ihren Ausdruck gefunden haben. „Der Prozeß ist eine Rechtsvergewisserungsoperation, deren besseres oder schlechteres, richtiges oder unrichtiges Ergebniß wesentlich von dem Maße der Anspannung und Energie abhängig ist, welches die Parteien aufwenden, um ihre gegenseitigen Interessen wahrzunehmen." (O. Bülow.)

Wenn nun ein Kläger auf die vom Beklagten eventuell geltendgemachte Gegenforderung erklärt, er gebe die Gegenforderung als richtig zu, so kann kein Zweifel sein, daß die Sachlage sich im Gegensatz zu dem Klagvortrage wesentlich geändert hat. Wer als Richter daran zweifelt, ob der Kläger durch seine Erklärung nur die Einredebehauptungen des Beklagten habe zugestehen oder ob er die Richtigkeit und Kompensabilität der Gegenforderung habe anerkennen wollen, mag das durch Ausübung des Fragerechts feststellen; ich würde dahin neigen, ohne Weiteres die Erklärung des Klägers im letztern Sinne zu verstehen.[1]) Hätte dieselbe Verhandlung außer-

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts zu Leipzig in Civ.S. Bd. 13 S. 176 (1885): „Der Kläger hat damit, daß er die beantragte Kompensation in den Vorinstanzen nicht bestritten hat, zu erkennen gegeben, daß auch er die Gegenforderung des Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit zur Verhandlung und Entscheidung, und eventuell zur Aufrechnung gebracht haben will, und bei diesem Einverständnisse beider Theile muß es sein Bewenden haben; in der Revisionsverhandlung kann der Widerspuch gegen die Zulässigkeit der Kompensation

Digitized by Google

gerichtlich vor Erhebung der Klage stattgefunden, so würde kaum Jemand im Zweifel sein, daß darin eine Vereinbarung der Parteien läge, die streitige Forderung solle, wenn sie bestehe, durch die unstreitige Gegenforderung getilgt sein. Das wäre eine vertragsmäßige eventuelle Aufrechnung. Wie würde sich nun die Lage des Gläubigers der streitigen Forderung gestalten? Er könnte 1) sich bei der getroffenen Vereinbarung beruhigen und abwarten, daß sein Gegner ihn aus der Gegenforderung verklage; dieser Klage gegenüber unternähme er dann als Kompensant den Beweis der streitigen Forderung; er könnte aber auch 2) die negative Feststellungsklage dahin anstellen, daß die Gegenforderung nicht mehr bestehe, weil sie durch seine Forderung getilgt sei. Beide Wege führen den Inhaber der streitigen Forderung zum Ziele, nämlich zu einer gerichtlichen Entscheidung über die Entstehung seiner Forderung. Er könnte endlich daran denken, noch einen andern Weg zu versuchen, nämlich 3) den Weg, unbekümmert um die stattgehabte Verhandlung seine Forderung einzuklagen. Das aber wäre das Thörichtste, was er thun könnte; denn dieser Weg würde ihn nicht zu seinem Ziele, sondern nur zur Abweisung seiner Klage ohne Entscheidung über die Existenz seiner Forderung führen. Eine Klage auf Zahlung ist ihm versagt, weil ja nach der feststehenden außergerichtlichen Verhandlung nicht gezahlt, sondern — wenn die Forderung besteht — aufgerechnet werden soll. Eine Klage auf Anerkennung der Forderung giebt es, wie wir sahen, ebensowenig wie eine „Reinen-Tisch-Machungsklage."

Genau entsprechend der Lage dieser Partei ist die Lage derjenigen, welche mit dem Gegner die nämliche Aufrechnungsverhandlung *im Prozesse* (statt *vor* demselben) geführt hat: ihre Klage auf Zahlung ist erledigt; denn es ist eventuell mit der Gegenforderung gezahlt, wie bei der Vorbehaltszahlung eventuell baar gezahlt ist; eine Klage auf Anerkennung liegt in der auf Zahlung gerichteten Klage ebensowenig, wie eine Klage, reinen Tisch zu machen. Es bleibt allein übrig die negative Feststellungklage dahin, daß die

---

nicht nachgeholt werden." (Zu weit geht m. E. diese Entscheidung, als sie aus dem Nichtbestreiten der Gegenforderung einen Willen des Klägers herleitet, über die vollzogene Aufrechnung entschieden zu sehen; der Kläger will nur eine Einrede als begründet zulassen; an seiner Bitte, den Beklagten *zur Zahlung zu verurtheilen*, ändert sein Nichtbestreiten nichts.)

Digitized by Google

Klagforderung bestanden habe, oder, was dasselbe ist, daß die Gegenforderung getilgt sei.

Das ist die Klage, die zufolge der im Laufe des Prozesses hereingezogenen unstreitigen Gegenforderung an Stelle der auf Verurtheilung zur Zahlung gerichteten Klage gegeben ist. Schon im ältern Prozesse ließ man dann eine Klagänderung zu, wenn sie den Beklagten nicht in ihrer Vertheidigung beschränkte. Auf diesem Prinzipe ruht es, wenn die deutsche CPO. diejenige Klagänderung gestattet, die ohne Aenderung des Klaggrundes die Erweiterung oder Beschränkung des Klagantrags oder wegen eingetretener Veränderung die Forderung eines andern Gegenstandes oder des Interesses gestattet (§ 240). Ihre österreichische Pr.O. zog es vor (§ 235), das allgemeine Prinzip auszusprechen, daß eine Klagänderung zulässig sei, wenn daraus eine *erhebliche* Erschwerung oder Verzögerung nicht zu besorgen sei. Ein analoges Prinzip spricht jetzt die deutsche Novelle aus (§ 264). Die Aenderung unserer Leistungsklage in eine negative Feststellungsklage ist danach unbedenklich: der Beklagte wird in seiner Vertheidigung nicht im Mindesten beeinträchtigt; es bleibt haarscharf bei dem nämlichen Streitpunkt, d. i. bei der Frage, ob die Klagforderung entstanden ist. Der Beweis dessen sollte im anfänglichen Prozeß den richterlichen Ausspruch rechtfertigen, daß die Klagforderung *noch bestehe*, im umgeänderten Prozesse soll er den richterlichen Ausspruch rechtfertigen, daß die Klagforderung *bestanden habe*, daß folglich durch sie die Gegenforderung getilgt sei. Die ältere Gesetzgebung gestattete gleich der neuern dem Kläger aber auch zu erklären, seine Klage sei in der Hauptsache erledigt, da es sich um eine Verurtheilung zur Zahlung nicht mehr handeln könne, er bitte, nur wegen der Kosten zu erkennen. Die Kosten fielen dann dem Beklagten zur Last, wenn er gemahnt war, aber erst im Prozeß die Eventualaufrechnung erklärt hatte; dem Kläger fielen die Kosten zur Last, wenn er ohne vorherige Mahnung geklagt hatte. Beging dagegen der Kläger die Thorheit, auf seiner Klagbitte zu beharren, nachdem er die Gegenforderung anerkannt, dann — und nur dann — erfolgte seine Klagabweisung unter Kostenlast.

Bei streitiger Klagforderung, aber anerkannter Gegenforderung erwächst also den Parteien, wie dem Richter die Aufgabe, den Prozeß gemäß der durch das Anerkenntniß geänderten Lage sachgemäß

Digitized by Google

zu gestalten. Dies hat in den bei weitem meisten Fällen dadurch zu geschehen, daß die nunmehr allein streitige Frage: besteht die Gegenforderung noch? zum Mittelpunkt der Verhandlungen und damit zum alleinigen Gegenstande des entweder bejahenden (kondemnatorischen) oder verneinenden (absolutorischen) Urtheilsspruches gemacht wird.

Schwerlich läßt sich für die Vergangenheit, wie für die Gegenwart ein einfacheres, ein gerechteres, ein vernünftigeres, ein prozessualisch richtigeres Verfahren konstruiren.

Kommt es zum Beweise der Klagforderung, weil der Kläger seine Verurtheilungsbitte in die Feststellungsbitte geändert (oder anders ausgedrückt: auf diese Bitte beschränkt) hat, so entscheidet der heutige Richter, treu dem alten unverjährbaren Satze, si paret—condemna, si non paret—absolve: bei erbrachtem Beweise wird unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten festgestellt, daß des Beklagten Gegenforderung nicht besteht, bei mißlungenem Klagbeweise wird der Kläger kostenfällig abgewiesen.

(Die Gegenausführungen.)

Was vermögen die Ausführungen der Gegner an die Stelle zu setzen?

Zunächst ist vorauszuschicken, daß die Gegner — gewiß absichtslos — durch künstliche Deduktionen, durch Heranziehen fernliegender Dinge, durch Setzen verwickelter Beispiele u. A. m. eine Verwirrung herbeigeführt haben, die jede klare Einsicht und jeden klaren Ueberblick beeinträchtigt. Geht mir selber nach dem Lesen namentlich der neuesten Gegenschrift mit ihren Distinktionen und Subdistinktionen, ihren Unterstellungen mit I, 1, a, α u. s. w. Alles fast wie ein Mühlrad im Kopfe herum, wie können sich Andere, die in die Sach- und Rechtslage minder eingedrungen sind, ein klares Urtheil verschaffen? Es wird also noch immerhin einiger Zeit bedürfen, bis sich die Wahrheit durcharbeitet. Zwei Schreckbilder möchte ich alsbald entfernen. Es wird behauptet, daß ich bei streitiger Klagforderung und unstreitiger Gegenforderung für Klagabweisung und für Ausschließung der Beweiserhebung kämpfte, ja es wird mir sogar merkwürdigerweise nachgesagt, ich „erkennte die praktischen Konsequenzen meiner Theorie als sehr bedenkliche an." Hier scheinen die Konsequenzen der gegnerischen Theorien mit den

Digitized by Google

Konsequenzen der meinigen verwechselt zu sein. Wird nach meiner Theorie verfahren, so kommt es stets zur Beweiserhebung über die Klagforderung, wenn der Kläger oder der Beklagte kundgiebt, daß die Beweiserhebung in seinem Interesse liegt, und es kommt niemals zur Klagabweisung, außer wenn der Kläger so thöricht oder so halsstarrig ist, daß er auf seiner Bitte beharrt, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen. Das Resultat, zu dem ich in der Hauptsache gelange, ist materiell das nämliche, wie das Resultat der Gegner; in Betreff der Kosten vermeidet es den von allen bis jetzt laut gewordenen gegnerischen Stimmen zugegebenen Fehler, den die herrschende Theorie hinsichtlich der Kosten begeht. Die Anstrengungen, die von den Gegnern gemacht werden, den Fehler anders, als ich vorschlage, zu beseitigen, müssen vergebliche sein; denn sie laufen sämmtlich darauf hinaus, ein abweisendes Urtheil als ein obsiegliches zu behandeln, was ungefähr das Nämliche ist, wie der Versuch, den Beweis zu unternehmen, ein Nein könne auch einmal ein Ja bedeuten.

Nicht weniger als neun Vorschläge liegen für die Urtheilsfassung vor, nicht weniger als fünf, wie die Kostenvertheilung zu bewirken sei. Kann man sich ein ärgeres Chaos bei Entscheidung des einfachsten aller Rechtsfälle denken? Wie steht es da mit der Kunst unserer Rechtsprechung?

Die neun vorgeschlagenen Urtheile haben das Gemeinsame, daß sie auf der Annahme einer bei streitiger Klag- und unstreitiger Gegenforderung von selbst als nothwendig erscheinenden Beweiserhebung über die Klagforderung beruhen, während meiner Auffassung nach diese Beweiserhebung nur einzutreten hat, wenn der Kläger statt Zahlung nachträglich Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung verlangt und dadurch zur Beweiserhebung über die Klagforderung nöthigt.

Wir denken uns diese neun Urtheile in einem Verfahren ergangen, welches Eidesurtheile in Form bedingter Endurtheile kennt. Sechs dieser Urtheile stimmen darin überein, daß sie zur Hauptsache die Abweisung des Klägers als Folge sowohl der Leistung wie der Verweigerung des Eides über die Klagforderung hinstellen. Damit nehmen diese Urtheile die verkrüppelte Gestalt an, wie sie auf unsrer Tafel Figur II in die Augen fällt. Statt dem Gesetzesbefehl zu folgen: si paret — condemna, si non paret — absolve,

Digitized by Google

formuliren die Urtheile die Entscheidung in der Hauptsache so, als könne es eine Formel geben: si non paret — absolve, si paret — etiam absolve.

Ein erster Vorschlag geht dahin, überhaupt nur auszusprechen: bei Leistung, wie bei Nichtleistung des Eides, werde der Kläger kostenfällig abgewiesen. Hier tritt am Schärfsten das Verfehlte des Urtheils hervor. Das ist ein Urtheil, in welchem die nothwendigen Gegensätze des condemna und des absolve in das eine Wort Abweisen verschmolzen sind; das Urtheil wandelt auf einem Bein umher statt auf den erforderlichen zweien; die beiden sind in eines zusammengeknebelt. Die andern ebenfalls bei Leistung wie bei Nichtleistung des Eides vorgeschlagenen abweisenden Urtheile, wollen wenigstens ein zweimaliges absolve aussprechen, freilich wiederum in verschiedener Fassung.

Es soll (und das ist der zweite Vorschlag) bei mißlungenem Klagbeweis der Kläger abgewiesen und in die Kosten verurtheilt, bei erbrachtem Klagbeweis der Kläger abgewiesen und der Beklagte in die Kosten verurtheilt werden. Dies Urtheil verstößt gegen die Grundregel, daß es keine Eidesurtheile geben kann, die (in Nichtachtung des si paret — condemna) bei Leistung, wie bei Verweigerung des Eides abweisen, während die in Aussicht zu stellenden Folgen der Eidesleistung oder Nichtleistung verschiedene, auch äußerlich in scharfen Gegensatz gestellte sein müssen. Der Gegensatz liegt hier allein im Ausspruche der Kostenverurtheilung. Demnach würde ein Urtheil diesen Inhalts nur so formulirt werden dürfen: der Kläger wird zur Hauptsache abgewiesen,[1]) Beklagter hat folgenden Eid zu leisten . . . , leistet er den Eid, so wird der Kläger, leistet der Beklagte den Eid nicht, so wird der Beklagte in die Kosten verurtheilt. Bei solcher Formulirung träte aber sofort das Irrige des Urtheils hervor; denn es ergäbe sich, daß nur wegen der Kosten der Eid erfordert wird, während er zur Hauptsache erfordert werden soll, nämlich behufs Entscheidung der Frage, ob die Gegenforderung noch fortbesteht oder nicht. Außerdem will der Autor dieses Vorschlags die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten bei Eidesverweigerung darauf stützen, daß der Beklagte erst nach der Klagerhebung erklärt habe, eventuell aufrechnen zu wollen. In

[1]) Vergl. oben Seite 22.

Digitized by Google

Fällen, in denen die Aufrechnungserklärung vor der Klagerhebung erfolgt ist, läßt also dieser Vorschlag rathlos.

Der dritte Vorschlag will bei Eidesverweigerung in die Urtheilsformel einfügen, daß die Abweisung auf Grund der Gegenforderung, bei Eidesleistung, daß sie wegen Beweisfälligkeit erfolge; in beiden Fällen soll der Kläger die Kosten tragen.

Der vierte Vorschlag weicht hiervon nur darin ab, daß im Falle der Eidesleistung pure, also ohne den Zusatz „wegen Beweisfälligkeit" abgewiesen werden soll. Dadurch entsteht das Urtheil, das ich Eingangs mit der Antwort verglichen habe: „aber mein Bruder spielt die Flöte."

Der fünfte Vorschlag weicht vom dritten darin ab, daß bei erbrachtem Beweise der Kläger nur als theilweis unterliegender Theil einem Pluspetenten gleich behandelt und nur die Hälfte der Kosten tragen soll, während der sechste Vorschlag in diesem Falle dem Beklagten nicht die Hälfte der Kosten, sondern nur die Kosten der Beweiserhebung zur Last legen will. Derselbe Schriftsteller, der anfänglich die Verurtheilung des Klägers, mag er seinen Beweis erbringen oder nicht, in sämmtliche Kosten billigte, hat kurz danach dies zurückgenommen und zur Wahl gestellt, ob man bei erbrachtem Beweise dem Beklagten die Hälfte der Kosten oder wenigstens die Kosten des Beweisverfahrens auferlegen wolle. Damit tritt dann in der nämlichen Nummer der Zeitschrift, in der diese drei Vorschläge auftauchten, der andre Schriftsteller in Widerspruch, der bei erbrachtem Klagbeweise dem Beklagten sämmtliche Kosten auferlegen will. Also erscheinen in demselben Bande einer Zeitschrift nicht weniger als vier verschiedene Vorschläge in Betreff der Kostenvertheilung.

Ein siebenter und ein achter Vorschlag haben das Gemeinsame, daß sie — gegensätzlich zu den eben betrachteten sechs Vorschlägen — bei erbrachtem Klagbeweise die „Abweisung" des Klägers dadurch ersetzen wollen, daß sie den Rechtsstreit zur Hauptsache als „erledigt" behandeln und den Beklagten in die Kosten verurtheilen wollen. Der Autor des einen dieser Vorschläge nimmt den Ausspruch, daß der Rechtsstreit im Falle der Eidesverweigerung erledigt sei, nur in die Urtheilsgründe auf und empfiehlt die Urtheilsformel: im Falle der Eidesleistung wird der Kläger abgewiesen und in die Kosten verurtheilt, im Falle der Eidesverweigerung wird der Beklagte

Digitized by Google

in die Kosten verurtheilt. Ein solches Urtheil habe ich an anderer Stelle als ein Urtheil bezeichnet, das auf einem gesunden Beine und auf einem Stelzfuß einherwandelt. Einerseits Abweisung zur Hauptsache und Kostenverurtheilung des Klägers, andrerseits Schweigen zur Hauptsache und lediglich Kostenverurtheilung des Beklagten sind keine ordnungsmäßig gebildeten Gegensätze, wie sie unerläßlich in den anzudrohenden Eidesfolgen zum Ausdruck zu kommen haben.

Dieser Mißstand wird durch den achten Vorschlag nicht beseitigt, der die Erledigung der Hauptsache in der Urtheilsformel besonders aussprechen und diese Formel dahin fassen will: bei Leistung des Eides wird der Kläger abgewiesen und in die Kosten verurtheilt, bei verweigertem Eide wird die Hauptsache für erledigt erklärt und der Beklagte in die Kosten verurtheilt.

Letztere Formel empfiehlt eine meinen Ausführungen jüngst entgegengestellte Schrift. Sie ist zur Aufrechthaltung einer kurz vorher erschienenen in ihrem Resultate m. E. nicht haltbaren Schrift des jugendlichen Autors mit anerkennenswerthem Streben und anerkennenswerther Gründlichkeit geschrieben. Etwas mehr Bescheidenheit Andern gegenüber wäre immerhin am Platze gewesen. Sonst habe ich von meinem Standpunkte aus an der Schrift nichts auszusetzen, auch nicht an ihrem Inhalte. Denn ist meine Ansicht die richtige, so muß naturgemäß eine gründliche Vertheidigung der Gegenansicht desto gründlicher deren Schwächen darlegen. Das ist denn auch in meinen Augen das Resultat dieser Schrift. Wie ein rother Faden zieht sich hindurch der Mangel genügender praktischer Erfahrung ihres Verfassers; sonst könnte er nicht bei erfolgter Eventualzahlung eine Anerkennungsklage auf ein vermeintlich verbliebenes Residuum der auf Zahlung gerichteten Bitte als gegeben behaupten, sonst könnte er nicht bei erfolgter Eventualaufrechnung, statt auch hier ein gleiches Residuum der Klagbitte anzunehmen, von einer bedingten Erledigung der Klagbitte reden, sonst könnte er nicht Erledigung der Klagbitte und Abweisung derselben identifiziren, sonst könnte er meine Theorie nicht so schief auf das sonderbar gewählte Beispiel einer Eventualaufrechnung gegenüber einer Feststellungsklage anwenden, wie er gethan,[1]) sonst könnte er seine Leser nicht an eine

[1]) Von einer Aufrechnung gegenüber einer Klage auf Feststellung kann überhaupt nur in sehr uneigentlichem Sinne geredet werden; nur gegen ein

Digitized by Google

durch Eidesleistung „bedingte" Erledigung eines Prozesses glauben machen wollen.

Durch sämmtliche acht vorgeschlagenen Urtheile machen wir einen Strich von oben bis unten; jedes von ihnen ist sachlich verfehlt und prozessualisch unmöglich. Wenn der Begriff der Unmöglichkeit aber einer Steigerung fähig wäre, so sind die letzterwähnten beiden Urtheile, die eine durch Eidesleistung bedingte Erledigung der Hauptsache statuiren, noch unmöglicher als unmöglich.

Erledigung der Hauptsache bildet einen ebenso scharfen Gegensatz zur condemnatio, wie zur absolutio. Erklärt der Richter den Rechtsstreit für erledigt, so heißt das, daß er ihn nicht entscheiden, daß er weder eine condemnatio, noch eine absolutio aussprechen will. Es liegt ein Zwiespalt der Parteien nicht mehr vor, den der Richter zu „theilen" hätte; er urtheilt deshalb in der Sache überhaupt nicht, höchstens urtheilt er über einen Zwiespalt betreffs der Kosten. In unserer Tafel ist deshalb die Erledigung als besondere Figur in die Mitte zwischen das condemna und das absolve gestellt, und zwar hat sie ihre Stelle oberhalb des Punktes, von dem aus der Richter theilt d. h. sein Urtheil fällt. Der Erledigungsausspruch ist kein Urtheil, er ist die Ablehnung eines Urtheils, weil das Urtheil überflüssig geworden ist. Ein bedingtes Endurtheil ist aber immer ein Urtheil. Wie könnte es nun denkbar sein, ein

---

Zahlungsbegehren kann man aufrechnen. Im Berufen auf eine Gegenforderung, wenn auf Feststellung geklagt ist, liegt nichts weiter, als die Geltendmachung der Einrede, die Klagforderung sei getilgt, sie bestehe nicht mehr, könne also auch als bestehend nicht festgestellt werden. Hat bei einer Feststellungsklage der Beklagte zunächst die Klagforderung bestritten und der Kläger die Gegenforderung eingeräumt, so gestaltet sich der weitere Verlauf des Prozesses genau so einfach, wie wenn der Kläger auf Zahlung geklagt hätte. Ist der Kläger verständig, so sagt er: „aus unserm Streite, ob meine Forderung besteht, ist jetzt der Streit geworden, ob sie bestanden hat (oder, was dasselbe ist, ob die Gegenforderung durch sie getilgt ist, also nicht mehr besteht); ich bitte, nunmehr bei der veränderten Sachlage dies festzustellen". Sollte dem Kläger aus irgend welchem Grunde an dieser Feststellung nichts gelegen sein, so kann er auch seine Klage in der Hauptsache für erledigt erklären und um Entscheidung nur wegen der Kosten bitten. Beharrt aber ein Kläger thörichterweise bei seinem ursprünglichen Feststellungsantrage, dann wird er abgewiesen und zwar mit Recht, weil seine Forderung, wenn sie bestanden hat, jedenfalls nicht mehr besteht, also auch nicht als bestehend festgestellt werden kann. Der Fall beweist also gerade wieder für statt gegen meine Theorie.

Digitized by Google

bedingtes Endurtheil zu fällen, das, wenn die Bedingung einträte oder nicht einträte, einen Erledigungsausspruch des Richters als Folge hinstellte? Der Erlaß des bedingten Endurtheils bedeutet, daß der Rechtsstreit fortgesetzt, daß noch ein Eid geleistet und daß dann ein Endurtheil gefällt werden soll, es bedeutet also, daß der Rechtsstreit nicht erledigt ist. Eidesauflage behufs demnächstigen Ausspruchs der Prozeßerledigung, d. h. eine bedingte Erledigung ist eine contradictio in adjecto. Dazu kommt noch Folgendes. Da der Erledigungsausspruch kein Urtheil ist, so unterliegt er naturgemäß einem andern Gebührensatz. Die Urtheilsgebühr wird nicht fällig, wenn statt eines sachlichen Ausspruchs der Erledigungsausspruch erfolgt; der Prozeß, der mit einem Erledigungsausspruch abschließt, ist billiger als der mit einem Endurtheil abschließende. Wer daher als Folge eines geführten Beweises eine Prozeßerledigung in Aussicht stellt, als Folge des mißlungenen Beweises aber eine Klagabweisung, schafft das Monstrum eines Prozesses, der theurer oder minder theuer ist, je nachdem ein auferlegter Beweis erbracht oder nicht erbracht ist. Staat und Anwälte sollen also in der Höhe ihrer Bezüge davon abhängen, ob die Partei den erforderten Eid leistet oder nicht leistet. Zu solchem Widersinn führen der siebente und der achte Urtheilsvorschlag.

Nehmen wir an, daß der gesammte Prozeß einschließlich Beweisverfahren und Endurtheil 100 kostet, so bieten bei erbrachtem Klagbeweise die acht Vorschläge — die wenig erfreulichen Resultate der Beweiserhebungstheorie — folgende Musterkarte in Betreff der Kostenverurtheilung: 1) der Kläger hat die 100 zu zahlen, 2) der Beklagte hat die 100 zu zahlen, 3) der Kläger hat 50 und der Beklagte ebenfalls 50, 4) der Kläger hat 60 und der Beklagte 40, 5) der Kläger hat nichts, der Beklagte hat 90 zu zahlen (weil in Folge der Erledigungserklärung nur soviel an Kosten erwachsen). Im letztern Falle ereignet sich noch dazu das Wunder, daß derjenige Prozeß, in welchem der Richter wegen mißlungenen Klagbeweises abweist, ohne auf die Gegenforderung einzugehen, theurer ist, als derjenige Prozeß, in welchem zugleich über die Gegenforderung erkannt wird.

Ueber alle diese mißglückten Versuche, eine brauchbare Urtheilsfassung zu finden, erhebt sich thurmhoch ein neunter Vorschlag. Er ist mir handschriftlich in trefflicher und gründlicher Ausführung

Digitized by Google

von einem theoretisch wie praktisch gleich durchgebildeten Richter zugegangen. Darin wird der grobe Fehlgriff aller jener Versuche vermieden, die das si paret — condemna mißachten. Die empfohlene Urtheisformel soll bei verweigertem Eide auf Feststellung, daß die Klagforderung bestand, aber durch die Aufrechnung getilgt sei, und sie soll bei geleistetem Eide auf Klagabweisung lauten; letztern Falls soll der Kläger, erstern Falls der Beklagte die Kosten tragen. Der Autor dieses Vorschlags weicht aber insofern von mir ab, als er auf anderm Wege zu seinem Ziele gelangen will. Er nimmt an, in der Zustimmung des Klägers zu der von dem Beklagten eventuell erklärten Aufrechnung liege bereits der Wille des Klägers genügend ausgedrückt, daß er die Klage, soweit sie auf Verurtheilung zur Zahlung geht, als erledigt zurücknehme, daß er aber den Streit, soweit er sich darum dreht, ob der Kläger zu fordern berechtigt war, — ohne geänderte Klagbitte — noch fortsetzen wolle[1]). Der hiernach übrig gebliebene Streit sei dann nichts Andres als ein Streit um die Feststellung der Klagforderung, d. h. um die Feststellung, daß die Klagforderung bestanden habe, aber durch die Aufrechnung getilgt sei. Diese Formel entspricht der von mir vorgeschlagenen. Die Differenz zwischen jenem Richter und mir besteht nur darin, daß ich neben der Zustimmung zur Aufrechnungserklärung des Beklagten eine ausdrückliche weitere Erklärung des Klägers glaube verlangen zu müssen: 1) daß der Antrag erledigt sei, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, und 2) daß gebeten werde, das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung auszusprechen. Eine Leistungsklage kann nicht von selbst, sondern nur durch Antrag des Klägers zu einer Feststellungsklage werden. Immerhin erkenne ich gern an, daß der Vorschlag und die Auffassung dieses Gegners diskutabel ist. Aber er führt zu der bedenklichen Konsequenz, den Beweis über die Klagforderung auch dann erheben zu müssen, wenn er weder im Interesse des Klägers, noch des Beklagten liegt. Hier schlägt ein kürzlich vorgekommener Rechtsfall ein, den ich bereits anderweitig mitgetheilt habe. Ein aus seinem Besitzthum im Zwangswege entfernter Hypothekarschuldner verklagt aus Chikane seinen mit mehreren Tausenden ausgefallenen Hypothekargläubiger auf 80 M., weil der Gläubiger mehrfach auf dem verpfändeten Grundstück sich aufgehalten und dort Verköstigung erhalten habe; der Beklagte bestreitet das Klagvorbringen

[1]) Man vergl. hierzu Note 1 zu Seite 40.

Digitized by Google

und erklärt, er rechne eventuell mit der ausgefallenen persönlichen Forderung bis zu 80 M. auf; dem Kläger, der in Rechtsunkenntniß darüber war, daß er noch persönlich haftete, blieb nichts übrig, als die Gegenforderung anzuerkennen. Die Anhänger der Beweiserhebungstheorie müssen den für das Interesse beider Theile unnützen und weitaussehenden Beweis über die Klagbehauptungen erfordern. Das erkennt auch der Richter, der das ebenbesprochene Feststellungsurtheil empfiehlt, als nothwendige Folge seiner Auffassung an, er fühlt aber in seinem praktischen Sinne sehr wohl, daß es ein Mittel geben muß, die Beweiserhebung zu vermeiden; er findet das Mittel in dem richterlichen Fragerecht und will dasselbe dahin ausüben, daß er den Beklagten zu bestimmen sucht, sein Bestreiten der Klagthatsachen zurückzunehmen und die Klagforderung zuzugestehen. Danach genügt auch diese Lehre nicht dem praktischen Bedürfnisse. Ein Prozeßverfahren, das den Richter drängt, den Parteien unwahre Erklärungen zuzumuthen, um einen verständigen Abschluß des Prozesses zu erreichen, ist vom Uebel. Das heißt, dem Gesetzgeber demoralisirende Tendenzen unterschieben. Es kann in meinen Augen kein größerer Vorwurf dem Gesetzgeber gemacht werden, als daß er die Parteien nöthige, von der Wahrheit abzuweichen und Winkelzüge zu machen. In noch höherem Maße thun das z. B. Diejenigen, welche behaupten, unser Prozeß kenne keine „Erledigung der Hauptsache" mehr, es müsse, auch wenn der Kläger innerhalb des Prozesses befriedigt ist, auf „Abweisung des Klägers" erkannt werden; sie rathen dann dem Kläger, sich mit seiner Abweisung auf Anfrage des Richters einverstanden zu erklären. Ein Richter sagte mir neulich: „wir helfen uns in derartigen Fällen so, daß wir dem Beklagten das Versprechen der Kostentragung abnehmen, ja ihn, wo möglich, alsbald dem Kläger die Kosten zahlen lassen und dann den Kläger kostenfällig abweisen." Läßt sich ein armseligeres Prozeßverfahren denken? Und dieselben Richter, die einen solchen Gebrauch — oder richtiger Mißbrauch — vom richterlichen Fragerecht empfehlen, dieselben wollen mir entgegenhalten, den Kläger zur Umänderung seiner Leistungsklage in eine Feststellungsklage zu bestimmen, sei doch immer etwas Lästiges, möglichst zu Vermeidendes? Als ob es nicht immer noch besser wäre, den Kläger zu Erklärungen zu veranlassen, die der natürlichen Sachlage und der Wahrheit entsprechen, als zu Erklärungen, die widernatürlich sind und der Wahrheit ins Gesicht schlagen.

Digitized by Google

Noch ein weiterer Fall zeigt das Unpraktische der Beweiserhebungstheorie. Ein Nachbar leistet dem andern verschiedentlich Hilfe bei der Ernte und klagt dafür 30 M. ein; der Beklagte macht geltend, die Dienste seien nicht geleistet, wenn sie aber geleistet wären, seien sie mit der Abrede der Unentgeltlichkeit geleistet, eventuell schulde ihm der Kläger für ein gemiethetes Gespann verabredetermaßen 30 M.; er habe zwar das Miethgeld nie einklagen wollen, würde es auch jetzt nicht einklagen, der jetzigen Klage gegenüber stelle er aber das Miethgeld zur Aufrechnung; der Kläger erkennt hierauf die Gegenforderung an. Auch in diesem Falle hat keine Partei ein Interesse an der weitaussehenden Beweisführung über die Klagthatsachen. Gleichwohl müssen die Anhänger der Beweiserhebungstheorie das unnütze Beweisverfahren auch hier verlangen.

Sie glauben sich auf den Satz stützen zu können, daß die Aufrechnung begrifflich das Bestehen einer Hauptforderung voraussetze, und außerdem wollen sie sich auf die von der deutschen, wie von der österreichischen Civilprozeßordnung anerkannte Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung stützen. Daß und weshalb beides Scheingründe sind, unterlasse ich hier weiter darzulegen. Das Reichsgericht in Leipzig nahm bisher ebenfalls den Standpunkt ein, daß eine Beweiserhebung über die streitige Klagforderung unerläßlich sei, und es hat diesen Standpunkt auch neuerlich festgehalten. [1])

[1]) Als Grund ist diesmal nur die verschiedene Tragweite des Urtheils angeführt, das die Klage wegen Beweisfälligkeit abweise, und des Urtheils, das sie auf Grund der Gegenforderung abweise; ob das Eine oder das Andere der Fall, müsse sich nach § 293 Abs. 2 CPO. aus dem über die Klage entscheidenden Urtheile ergeben. Daß § 293 ein solches Gebot nicht enthält, habe ich mir mehrfach erlaubt, näher zu begründen. Für die Praxis wäre es sehr dienlich gewesen, wenn das Reichsgericht sich darüber ausgesprochen hätte, wie das nach erhobenem Klagbeweise ergehende Urtheil zu fassen und wie die Kostenfrage zu entscheiden sei. Die Antwort darauf wird allerdings erleichtert durch die von einem betheiligten Mitgliede des Reichsgerichts veröffentlichte Ausführung, nach welcher ein über Haupt- und Gegenforderung ergehendes Eidesurtheil lauten soll: bei geleistetem Eide wird der Kläger abgewiesen und in die Kosten verurtheilt, bei verweigertem Eide wird der Kläger ebenfalls abgewiesen, aber der Beklagte in die Kosten verurtheilt.

Das ist dasjenige Urtheil, das wir oben (S. 45, zweiter Vorschlag) als ein unmögliches Urtheil charakterisirt haben. Nach Erlaß des deutschen Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875, das alle darin nicht aufgenommenen Eheverbote beseitigt hatte, vertrat ich die Ansicht, damit seien die nach partikular-

Digitized by Google

Es könnte auch sein, daß die Verfasser des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs und der deutschen Civilprozeßnovelle sämmtlich oder wenigstens theilweise auf demselben Standpunkte ständen wie das Reichsgericht steht, aber ausgesprochen haben sie es nirgends, namentlich kann weder in dem Verbote der bedingten Aufrechnung (§ 388 B.G.B.) ein solcher Ausspruch liegen, noch darin, daß der von der Rechtskraft der Entscheidungen redende Paragraph 293 (jetzt 322) C.P.O. eine Fassungsänderung erfahren hat. Der Prozeß der römischen Kaiserzeit und der Prozeß der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 hatten einen besonderen Prozeßkörper für Erledigung einer im Prozeß erklärten Aufrechnung geschaffen, das für die Aufrechnung für anwendbar erklärte judicium duplex. Der neuere Prozeß hat dies judicium duplex fallen gelassen und der Geltendmachung einer Aufrechnung im Prozesse ausschließlich die Stelle eines Einredevorbringens angewiesen. Damit sind die Versuche unvereinbar, der Aufrechnungseinrede zu Liebe ein jeder anderen Einrede fremdes, die fundamentalsten Prozeßgrundsätze auf den Kopf stellendes Verfahren zu vindiciren, das zu unbrauchbaren, mißgestalteten, in der Kostenvertheilung unmöglichen Urtheilen führt. Wer „eine eigenthümliche Natur des Aufrechnungsvorbringens behauptet, das

---

rechtlicher Bestimmung bei Ehescheidungen in die gerichtlichen Urtheilsformeln aufzunehmenden Eheverbote abgeschafft; die Gerichte müßten solche Verbote künftig unterlassen, weil sie durch das neue Gesetz für wirkungslos erklärt seien. Das Preußische Obertribunal, wie später das Reichsgericht erklärten indeß die gerichtlichen Verbote noch für erforderlich. Fast 20 Jahre lang befanden sich demgemäß die Instanzgerichte in der Lage, entweder die oberstrichterlichen Entscheidungen zu mißachten oder Verbote auszusprechen, deren Mißachtung das Gesetz den Standesbeamten und den dispensirenden Behörden zur Pflicht machte. Erfreulich war der Zustand gewiß nicht. Unlängst hat er sein Ende erreicht; denn „bei der (durch einen Fall des Jahres 1892) veranlaßten neuen Prüfung der Frage ist", wie das Reichsgericht aussprach, „der Senat zu einer anderen Ansicht gelangt." Nun folgt die Begründung, wie ich sie der von mir im Jahre 1875 vertretenen Ansicht gab. Für mich steht es mit dem Urtheile, das jetzt über die Beweisfrage in Aufrechnungsprozessen erging, ebenso, wie mit jenen Urtheilen über die richterlichen Eheverbote. Ich hoffe auch hier eine Wandlung in der reichsgerichtlichen Anschauung noch zu erleben — freilich dürfte sie nicht wieder fast 20 Jahre auf sich warten lassen. Tritt die Wandlung nicht ein, so verbleibt es bei dem Zustande der Praxis, wie er oben geschildert ist, (d. h. bei den verkrüppelten Urtheilen unsrer Figur II, vor Allem aber bei ungerechten oder ungesetzlichen Kostenausprüchen).

Digitized by Google

sich von allem sonstigen Vorbringen dadurch unterscheide, daß es eine zweite, in ihrem frühern Bestehen für den Rechtsstreit präjudizielle Forderung der prozessualen Erörterung und der definitiven richterlichen Entscheidung unterbreite", behauptet ein Phantom; der Beweis jenes Satzes läßt sich nicht damit erbringen, daß man den Satz aufstellt.

(Resultat.)

Es giebt nach der heutigen Gesetzgebung den Prozeßkörper eines besondern Aufrechnungsverfahrens nicht.

Wohl aber giebt es eine Eventualaufrechnung, die bei unstreitiger Gegenforderung den auf Zahlung der Hauptforderung gerichteten Klagantrag erledigt und dahin führt, daß der Kläger bittet, entweder die Erledigung der Hauptsache oder die Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung auszusprechen; dem Bedürfnisse genügt das völlig. Beharrt aber der Kläger thörichter oder halsstarriger Weise bei seiner ursprünglichen auf Zahlung gerichteten Klage, so wird er damit ohne Weiteres abgewiesen.

Der Gesetzgeber kann ja freilich Alles. Er könnte zu Ehren der Aufrechnung am Ende auch bestimmen, ausnahmsweise solle selbst bei zugestandener Kompensationseinrede der Kläger dem Beklagten den Beweis der Klagforderung führen, und ausnahmsweise solle selbst bei klagabweisendem Urtheile der Beklagte sämmtliche Kosten oder einen Theil der Kosten zu tragen schuldig sein, aber der Gesetzgeber hat solche Extravaganzen — mit Recht — nicht bestimmt. Nirgends steht etwas davon, daß dem sonderbaren prozeßwidrigen Verlangen eines Beklagten Rechnung getragen werden solle, der Richter möge erst durch Prüfung und Beweisführung über die Klage, sowie über ein halbes Dutzend Einreden feststellen — nicht etwa durch Urtheil, wodurch der Richter allein etwas feststellt, sondern in seinem stillen Innern —, ob der Beklagte schulde, dann möge als siebente Einrede die der Gegenforderung geprüft werden.

Das Streben der meist befolgten Praxis, eine Klagabweisung auf Grund liquiden Kompensationseinwandes und damit ein Hineindrängen der Parteien in einen zweiten Prozeß zu vermeiden, ist ein gewiß berechtigtes. Ich theile es mit ihr. Bei mangelnder richtiger Leitung ist aber diese Praxis auf ihrem Wege entgleist. Statt nur nach Urtheilen zu suchen, die dem Befehle gerecht werden: si paret — condemna, si non paret — absolve, ist sie gerathen auf den Irrweg

Digitized by Google

der Urtheile des si paret — absolve, si non paret — etiam absolve. Sie wählte die Form der Abweisung, wo sie die Form der Verurtheilung wählen mußte. Die Folge war, daß gänzliche Rathlosigkeit eintrat, als man nach einer Entscheidung suchte, wie die Kostenlast zu vertheilen sei. Damit, daß diejenigen, die — in dieser Praxis befangen — ihre Vertheidigung versuchten, den Fehler zugegeben haben, den man in der bisher üblichen Kostenvertheilung begangen hat, ist zwar nur eine Masche in dem Gewebe gelöst, das dieser Praxis zum Halte dienen soll. Die Lösung der einen Masche führt aber zur Lösung aller Fäden des ganzen Gewebes. Die ausgefallene Masche durch Flickwerk zu ersetzen, ist mißlungen.

Lediglich darum handelt es sich, dem mit Bestreiten der Klagforderung und Anerkennung der Gegenforderung begonnenen Verfahren einen den Regeln geschulter Rechtsprechung angepaßten Fortgang zu geben. Das thun die nicht, welche ohne Weiteres mit einer Beweiserhebung über die Klage vorgehen und dann ausschließlich zu Urtheilen gelangen, die den Parteianträgen und den Kostengesetzen oder der Gerechtigkeit nicht entsprechen.

Die unhaltbare Verurtheilung des Klägers in die Kosten des von ihm erbrachten Klagbeweises war die gesetzliche Folge der Klagabweisung; ist diese Kostenverurtheilung ein Fehler, so ist die Klagabweisung der Grund dieses Fehlers. Die Klagabweisung muß also durch eine andre Gestaltung des Urtheils ersetzt werden. Ein Kläger, von dem behufs Entscheidung seines Prozesses ein Beweis verlangt und von dem dieser Beweis erbracht wird, darf nicht abgewiesen, vielmehr muß, wenn die Beweisauflage mit Recht geschehen ist, sein Gegner verurtheilt werden. Daraus folgt die Nothwendigkeit, an Stelle des klagabweisenden Urtheils ein klaggemäß verurtheilendes vorzubereiten. Das ist nur möglich, wenn anerkannt wird, daß die auf Verurtheilung zur Zahlung gerichtete Bitte sich erledigt hat, und daß der Sachlage nunmehr keine andre Bitte entspricht als die, das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung auszusprechen. Diese — zweifellos zulässige — Aenderung der Klagbitte hat der Kläger, nöthigenfalls auf Anregung des Richters, vorzunehmen.

Das ist eine Kette von Schlüssen einfachster und sicherster Art.

Das falsche „si paret — absolve“ der Praxis muß dem richtigen „si paret — condemna“ weichen: nicht blos die Eidesurtheile, zu denen bei streitiger Haupt- oder unstreitiger Gegenforderung die

Digitized by Google

Anhänger der Beweistheorie gelangen, sondern auch alle die Endurtheile, welche von jenen Anhängern nach erbrachtem Beweise gefällt werden müssen, widerstreiten den Anforderungen des Rechts, der Logik und des Prozesses. Und gerade wegen dieser Endurtheile hat die von mir angeregte Frage auch für die österreichischen Juristen ihre praktische Bedeutung.

Aber mag man nun meiner Ansicht — mit den Vielen, die ihr bereits beigetreten sind — hier in diesem Kreise beitreten, oder mag man glauben, die auch wohl bei Ihnen mannigfach befolgte Beweiserhebungstheorie noch festhalten zu sollen, jedenfalls dürfte aus meiner Auseinandersetzung hervorgehen, wie ein in vier Worten, nämlich in den Worten: „streitige Klage, unstreitige Gegenforderung" darstellbarer Rechsfall und die in zwei Worten daran geknüpfte Frage: „quid faciamus?" eine Reihe wichtigster Grundsätze des ganzen Prozesses aufzurollen, die Geister gegen einander in das Feld zu führen und klarzulegen vermag, wessen wir bedürfen, um in der Rechtsprechung nicht hinter den Anforderungen zurückzubleiben, die wir an uns stellen müssen. Wir haben uns zu beschäftigen gehabt mit dem allgemeinen Zwecke und Gange des Prozesses, mit den Regeln, die beim Aufbau von Urtheilen zu befolgen sind, mit den wichtigen Grundsätzen, welche bei Veränderungen gelten, die während des Prozesses in der Sachlage eintreten, mit ihren Beziehungen zu dem neugeschaffenen Prozeßkörper der Feststellungsklage, mit den ebenso wichtigen Regeln der Kostenvertheilung.

Nur unter Berücksichtigung aller dieser Punkte — so sahen wir — läßt sich eine Ansicht gewinnen, welche Bedeutung der im Prozesse eventuell geltend gemachten Aufrechnung zukommt.

Die Theorie ist in diese Fragen sicher noch nicht tief genug eingedrungen. Wenn sie über die Behandlung der Einrede der Eventualaufrechnung ausspricht: „Die Aufrechnung setzt begrifflich außer der Gegenforderung die Existenz einer Hauptforderung voraus, also muß bei Streit über die Klagforderung diese erst bewiesen werden, ehe die unstreitige Gegenforderung prozessualisch in Betracht kommen kann", so durfte es nicht beim Aussprechen dieser Sätze sein Bewenden haben, vielmehr waren die praktischen Konsequenzen jener Sätze zu verfolgen. Leicht hätte man dann erkennen müssen, daß

Digitized by Google

die prozessuale Bedeutung der Aufrechnungseinrede zu scheiden ist von der materiellen Wirkung der Aufrechnung, wie die prozessuale Bedeutung der Zahlungseinrede von der materiellen Wirkung der Zahlung.

Wer ohne jeden Sinn für die geschichtliche Entwickelung unserer Rechts- und Prozeßkörper, wie ohne Blick für die Natur der konkreten Sachlage und für die Bedürfnisse des Lebens an die Lösung juristischer Probleme herantritt, kann leicht sein Ziel verfehlen. Praxis und Theorie müssen sich immer die Hand reichen. Unsre juristische Jugend bedarf von früh auch praktische Unterweisung. Nur so werden wir davor behütet, daß eine Unsicherheit in unsrer Rechtsprechung Raum gewinnt, wie ich sie mir erlaubt habe, an einem konkreten Beispiele darzulegen. Ein Rechtslehrer, der auf dem Standpunkt steht, daß es das Richtige sei, den Studirenden Jahre lang nur wissenschaftlich auszubilden und den Unterricht in der Kunst der Rechtsprechung der praktischen Ausbildung vorzubehalten, gleicht dem Schwimmlehrer, der seinen Schüler erst zum Wasser zulassen will, wenn er ihm zuvor auf dem Trocknen das Schwimmen gelehrt hat.

Lassen Sie mich schließen, indem ich Sie verweise auf ein Wort Bethmann-Hollwegs. Bethmann-Hollweg war bekanntlich zwanzig Jahre lang Professor des Römischen Rechtes und des Civilprozesses, die Hälfte dieser Zeit in Berlin, dann Mitglied des Staatsraths und der Savignyschen Gesetzgebungskommission, in den 1860er Jahren kurze Zeit Preußischer Kultusminister, von welcher Stellung er in das Privatleben trat, um nach dreißigjähriger Pause zu seinem Lieblingsstudium der Geschichte des Civilprozesses zurückzukehren; die Frucht dieser Thätigkeit war sein fünfbändiger „Prozeß des gemeinen Rechtes in geschichtlicher Entwicklung." Das ist gewiß ein Mann, der davor gefeit ist, für einen Schädiger der Wissenschaft, für einen Dilettanten oder für Jemanden erklärt zu werden, der statt Herren der Wissenschaft Knechte des Gesetzes erziehen, die Wissenschaft der Jurisprudenz herabsetzen und unsern juristischen Nachwuchs zu öder Praxis drillen wolle. Als jugendlicher Professor leitete er seine Vorlesungen über gemeinen Civilprozeß, wie folgt, ein:

„Wir Juristen sollten wohl niemals vergessen, daß das Hauptziel unserer Bemühungen ein praktisches ist; die Theorie wird ausgebildet, vorzüglich um in der Anwendung ein einfaches,

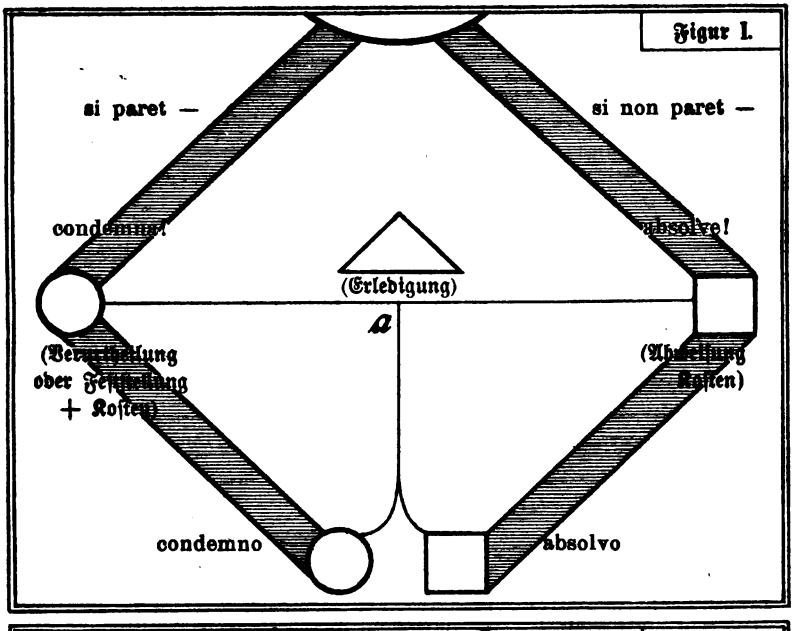
Digitized by Google

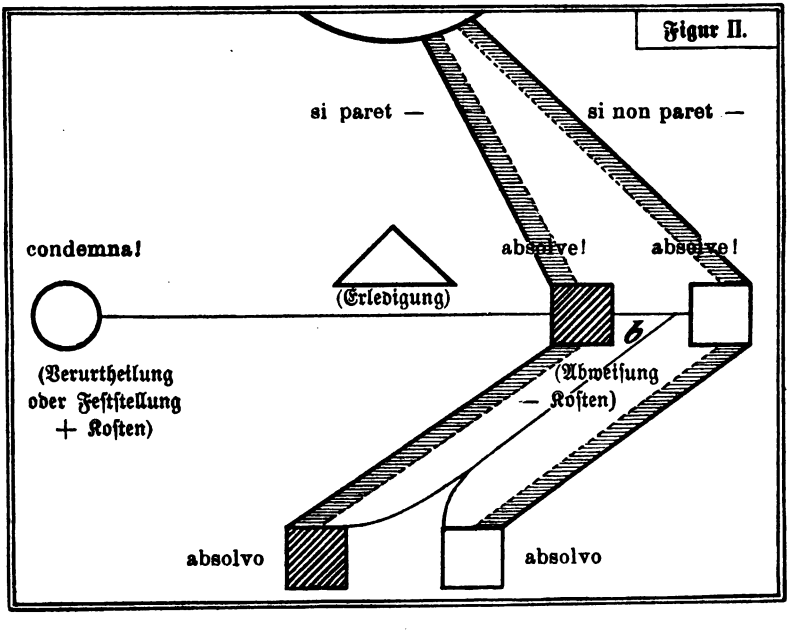
gewisses und dem Bedürfniß entsprechendes Recht zu haben; durch den Unterricht sollen die Schüler in der Regel zur Praxis vorbereitet werden. Deshalb ist die wissenschaftliche Behandlung unsres Fachs nicht von dem Praktischen zu isoliren, sondern in lebendige Verbindung damit zu setzen. Auch kann ich diese praktische Beziehung unserer Wissenschaft, eben so wenig wie die Praxis selbst, für etwas Unedleres halten, vielmehr scheint sie mir ein Vorzug; denn am Ende ist daran, daß die Handhabung des Rechts und die Wohlfahrt anderer Menschen befördert werde, noch mehr gelegen, als an der gesteigerten Bildung des menschlichen Geistes."

So ist auch meine Meinung.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin-Schöneberg.

Digitized by Google





Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google